

Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INTERPRETAÇÃO:
PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO
NO CONTEXTO NORTE-AMERICANO**

ANA BEATRIZ VANZOFF ROBALINHO CAVALCANTI

BRASÍLIA

2013

Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito

ANA BEATRIZ VANZOFF ROBALINHO CAVALCANTI

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INTERPRETAÇÃO:
PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO
NO CONTEXTO NORTE-AMERICANO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

BRASÍLIA

2013

ANA BEATRIZ VANZOFF ROBALINHO CAVALCANTI

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INTERPRETAÇÃO:
PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO NO
CONTEXTO NORTE-AMERICANO**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora
composta por:

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes (Orientador)

Universidade de Brasília – UnB

Prof. Mestre Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

Universidade de Brasília – UnB

Prof. Titular. Elival da Silva Ramos

Universidade de São Paulo - USP

Dr. Rodrigo de Oliveira Kaufmann

Universidade de Brasília - UnB

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, antes de tudo;

À minha família, pelo amor incondicional e por ser um refúgio inabalável, sempre;

De forma especial aos meus pais, José e Márcia Robalinho, pelo exemplo e pela
inspiração que guiam todos os meus passos;

A Murillo, pelo apoio, pela confiança, pela paciência na revisão desse trabalho e pela
felicidade de todos os dias;

Aos meus queridos amigos antigos e às minhas meninas, que estiveram presentes em todos os
momentos essenciais;

Aos amigos e colegas que possibilitaram os últimos cinco anos de estudo, dia a dia, e com
quem eu sempre pude contar;

A Hazenclever Júnior, pelas discussões acadêmicas que moldaram esse trabalho e por todo o
apoio nos últimos cinco anos;

Ao Professor Rodrigo Mudrovitsch, pela disponibilidade, paciência, apoio e incentivo
fundamentais na elaboração desse trabalho, e pela inspiração na vida acadêmica;

Ao meu orientador, Professor Gilmar Ferreira Mendes, pela oportunidade e pelo constante
aprendizado acadêmico na Universidade de Brasília.

RESUMO

A necessidade de encontrar o equilíbrio entre a estabilidade da Constituição e sua capacidade de adaptar-se às constantes mudanças sociais leva a questionamentos acerca dos mecanismos de revisão, reforma e mudança constitucional. Nesse contexto, o ritmo acelerado do desenvolvimento social desafia a capacidade dos processos formais de mudança constitucional em manter sua atualização e correspondência com os novos tempos, fazendo surgir a demanda por outros mecanismos capazes de realizar tal atualização. Os processos informais de mudança da Constituição surgem com o intuito de suprir essa necessidade fundamental, e encontram designação, no sistema constitucional brasileiro, sob o termo de origem germânica *mutação constitucional*. Contudo, apesar dessas raízes na tradição europeia, a mutação constitucional vem se desenvolvendo na matriz norte-americana antes mesmo do surgimento do termo na doutrina alemã. A existência, naquele sistema, de um desenvolvimento constitucional ininterrupto por mais de duzentos anos tornou a aplicação de mecanismos de mudança informal essencial à evolução da Constituição, resultando no desenvolvimento de um debate doutrinário profundo sobre o tema. Assim, é com o intuito de absorver as lições fornecidas por sistema constitucional em que os processos informais de mudança constitucional conheceram notáveis aplicação e desenvolvimento que o presente trabalho se propõe a analisar a mutação constitucional no contexto norte-americano.

Palavras-chave: mutação constitucional; Poder Judiciário; Constituição; contexto norte-americano; Suprema Corte; estabilidade; evolução.

ABSTRACT

The need to find balance between the Constitution's stability and its capacity to adapt to constant social changes leads to questions over the mechanisms of constitutional revision, reform and change. In this context, the accelerated rhythm of social development challenges the capacity of formal processes of constitutional change in keeping its currency and correspondence to new times, causing a demand for other mechanisms capable of accomplishing such an update to rise. The informal processes of constitutional change arise with the intent of meeting such fundamental need, and find designation, in the Brazilian constitutional system, under the term of Germanic origin *constitutional mutation*. However, despite these roots in European tradition, constitutional mutation has been developing in America even before the emergence of the term in the German doctrine. The existence, in the American system, of a uninterrupted constitutional development for over two hundred years made the application of mechanisms of informal change essential to the Constitution's evolution, resulting in the development of a deep doctrinal debate on the subject. Thus, it is with the intention of absorbing the lessons provided by a constitutional system in which the processes of informal constitutional change have known notable application and development that the present work intends to analyze constitutional mutation in the American context.

Key-words: constitutional mutation; Judicial Power; Constitution; American context; Supreme Court; stability; evolution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 01: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO NACIONAL E COMPARADO	9
1. O desenvolvimento do conceito de mutação constitucional no direito alemão.....	9
2. A herança germânica e a mutação constitucional no Brasil.....	18
3. A relevância do contexto norte-americano.....	26
CAPÍTULO 02: O DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL NORTE-AMERICANO E AS MUDANÇAS INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO AO LONGO DO SÉCULO XX	30
1. As origens do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos	30
2. Conceitos essenciais acerca da interpretação constitucional.....	35
3. As diferentes Supremas Cortes norte-americanas ao longo do século XX	40
3.1. Quanto à delimitação temporal da análise.....	40
3.2. A Era Lochner (1890-1937)	44
3.3. Uma reação não-interpretativista (1937-1953).....	48
3.4. A Corte Warren (1953-1969)	54
3.5. A Corte Burger (1969-1986)	63
3.6. A Corte Rehnquist (1986-2005)	68
CAPÍTULO 03: AS TEORIAS INTERPRETATIVAS E AS REPERCUSSÕES POLÍTICAS DO PROCESSO INFORMAL DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO.....	76
1. A necessidade de teorias interpretativas na justificação do processo informal de mudança da Constituição.....	76
2. As teorias doutrinárias acerca da interpretação constitucional.....	79
2.1. Interpretativismo estrito: o originalismo	79
2.2. Não-interpretativismo estrito: a moralidade na Constituição e a <i>living Constitution</i>	84
2.2.1. A leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin	85
2.2.2. A <i>living Constitution</i> de David Strauss	87
2.3. Não-interpretativismo moderado: a releitura de John Hart Ely.....	90
2.4. Interpretativismo moderado: o originalismo de Jack Balkin.....	96
3. A valorização das relações políticas no controle judicial de constitucionalidade	101
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
BIBLIOGRAFIA	106

INTRODUÇÃO

Mutação constitucional é um conceito que surgiu na Alemanha e foi introduzido em nosso sistema constitucional em meio à ampla herança da tradição europeia. No entanto, os processos informais de mudança da Constituição já vinham sendo desenvolvidos na matriz estadunidense, aonde o termo *mutação constitucional* jamais foi utilizado, mas em que, no âmbito do debate acerca da interpretação constitucional e do controle judicial de constitucionalidade as repercussões teóricas e políticas de tais processos foram analisadas minuciosamente, antes mesmo do desenvolvimento desse debate no contexto europeu.

No Brasil, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 a mutação constitucional ganhou alguma notoriedade na esfera doutrinária, a partir da publicação da tese de Anna Cândida da Cunha Ferraz¹, em 1986, e com menos de vinte e cinco anos de vigência da ordem constitucional, os processos informais de mudança da Constituição ainda ensaiam seus primeiros passos na aplicação jurisprudencial. Por outro lado o instituto do controle judicial de constitucionalidade experimentou uma projeção inédita na segunda metade da breve história da nossa Constituição, e a necessidade de estabelecer seus limites e bases racionais ganhou destaque no debate doutrinário brasileiro.

Uma análise mais detida revela, entretanto, que tais conceitos encontram-se intimamente ligados, e que a necessidade de uma compreensão profunda do instituto da mutação constitucional é latente porque a mesma é realizada através da interpretação dos dispositivos constitucionais vigentes, no âmbito do controle judicial de constitucionalidade.

O objetivo do presente trabalho, nesse sentido, é analisar o desenvolvimento dos processos de mudança informal da Constituição no contexto norte-americano, com o intuito não apenas de melhor compreender a natureza de tais processos essenciais, mas de revelar de que forma as lições obtidas em um século marcado pelas mutações constitucionais podem ser transpostas à nossa realidade, de modo a garantir-lhes uma aplicação democraticamente legítima.

Assim, no capítulo 01 o desenvolvimento do conceito de mutação constitucional na Alemanha e sua aplicação no contexto brasileiro serão explorados para demonstrar que (i) o conceito de mutação constitucional desenvolveu-se no sistema constitucional brasileiro a partir da

¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

herança alemã, e sob um prisma notadamente interpretativo; (ii) que a análise da interpretação constitucional é indispensável no âmbito do estudo das mudanças informais da Constituição, enquanto instrumento realizador de tais mudanças; e (iii) que a análise do contexto norte-americano, nesse contexto, representará a melhor alternativa para a compreensão e consequentes aplicação e evolução dos processos de mudança informal da Constituição.

No capítulo 02, então, a análise da interpretação no âmbito do controle judicial de constitucionalidade como instrumento realizador das mudanças constitucionais informais será deslocado para o contexto norte-americano, no qual tal debate já atingiu níveis extremamente sofisticados após mais de duzentos anos de vigência da ordem constitucional.

A análise não apenas da evolução jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana ao longo do século XX – no qual a Constituição, preservada de qualquer modificação formal relevante, passou por uma série de releituras em seus aspectos essenciais – mas também do contexto histórico, político e social correspondente, revela o quão profundas são as influências de sistemas externos ao jurídico na definição do significado nas normas constitucionais; por outro lado, destaca-se a capacidade dos posicionamentos judiciais de movimentar a esfera política, a qual através de instrumentos como a pressão social e a indicação de novos membros procura manobrar o imenso poder nas mãos da Corte para o atendimento de determinados interesses.

Desse modo, serão explorados (i) as origens do controle judicial de constitucionalidade do contexto norte-americano; (ii) conceitos essenciais relativos à interpretação constitucional, de modo a informar o contexto jurídico da análise histórica, política e social do desenvolvimento jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana ao longo do século XX e (iii) os diferentes períodos e orientações jurisprudenciais vivenciados pelo sistema constitucional dos Estados Unidos naquele período.

No capítulo 03 serão consideradas as teorias interpretativas que buscam justificar os diferentes posicionamentos políticos e jurídicos assumidos pela Suprema Corte, como forma de melhor compreender as motivações envolvidas na eleição de tais teorias. A conclusão de que a escolha racional por uma justificativa jurídica será transplantada pela busca da satisfação de interesses políticos, no entanto, não se revelará danosa, mas essencial à legitimação do processo informal de mudança da Constituição.

Serão analisados, nesse sentido, (i) o papel das teorias interpretativas enquanto justificadoras do processo político envolvido no exercício do controle judicial de

constitucionalidade; (ii) algumas das principais teorias interpretativas hoje em voga no debate doutrinário norte-americano e (iii) como tal processo político poderá servir à justificação dos processos de mudança informal da Constituição.

CAPÍTULO 01: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO NACIONAL E COMPARADO

1. O desenvolvimento do conceito de mutação constitucional no direito alemão

A tradição constitucional moderna nasce indubitavelmente nos Estados Unidos, que ainda em meados do século XIX estabeleceram um Estado de Direito regido por uma Constituição soberana. Enquanto na Europa do século XVIII floresciam as teses de Blackstone acerca da supremacia parlamentar², a desconfiança dos colonos americanos às instituições inglesas levou-os a desenvolver um sistema cuja instância máxima estivesse acima de todos, inclusive do parlamento.

Assim, Carta Magna norte-americana, conforme observam Jacobson e Schlink³, já nasceu dotada de um caráter *supranormativo*, e a consequência básica de tal supremacia foi, naturalmente, a rigidez. Por outro lado, no contexto europeu a supremacia parlamentar levou a uma supervalorização das leis, e a um período marcado pelas Constituições flexíveis. A Alemanha unificada de meados do século XX não escapou à lógica europeia, e foi nesse contexto que, em 1895, Paul Laband utilizou pela primeira vez o termo mutação constitucional⁴.

² Blackstone exaltava o sistema parlamentarista inglês do século XVIII, que superara a noção absolutista de superioridade do executivo por um equilíbrio entre o povo e o governo propiciado pelo parlamento. A representatividade das casas legislativas, para o autor, legitimava o controle dos atos do executivo, em um sistema de freios e contrapesos que, embora reconhecesse a existência do judiciário, tratava-o como um apêndice dos dois poderes centrais, que deveriam se compensar mutuamente no exercício de suas funções. Nesse sentido, destaca que “And herein indeed consists the true excellence of the English government, that all the parts of it form a mutual check upon each other. In the legislature, the people are a check upon the nobility, and the nobility a check upon the people; by the mutual privilege of rejecting what the other has resolved: while the king is a check upon both, which preserves the executive power from encroachments. And this very executive power is again checked, and kept within due bounds by the two houses through the privilege they have of enquiring into, impeaching, and punishing the conduct (not indeed of the king, which would destroy his constitutional independence; but, which is more beneficial to the public) of his evil and pernicious counsellors. Thus every branch of our civil polity supports and is supported, regulates and is regulated, by the rest; for the two houses naturally drawing in two directions of opposite interest, and the prerogative in another still different from them both, they mutually keep each other from exceeding their proper limits; (...)” (BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England: A Facsimile of the First Edition of 1765--1769*. Chicago: University of Chicago Press, 1979. Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch10s6.html>).

³ JACOBSON, Arthur J., SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley/London: University of California, 2002, pp. xi.

⁴ Ver DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 29. Sobre a análise da teoria constitucional de Laband, ver PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

A teoria jurídica de Laband dispensa influências históricas, políticas e filosóficas para pregar uma interpretação jurídica pura, livre de quaisquer aspectos axiológicos. Rejeitava, nesse sentido, a noção de um controle judicial de constitucionalidade, o qual invariavelmente envolveria questões de natureza política, apontado o *Kaiser* como a figura adequada para assegurar o respeito à Constituição⁵.

Altamente influenciado pela lógica imperial, o autor alemão, ao perceber que a Constituição poderia se modificar fora do processo formal⁶, passou a admitir um processo de modificação informal por meio da ação estatal, o qual poderia ocorrer (i) pela edição de leis versando acerca de questões não previstas na Constituição, (ii) pela edição de leis contrárias à Constituição e (iii) através de usos e costumes contrários à Constituição⁷. Esse processo de modificação *informal* ou *subsidiária* da Constituição foi chamado de mutação constitucional.

Tais alterações na leitura e aplicação do texto constitucional, para Laband, não deveriam ser objeto de controle jurisdicional; faltava ao sistema alemão a noção de *supremacia* do texto constitucional, essencial à legitimação do controle judicial de constitucionalidade. A crença na supremacia do parlamento e a equivalência do valor jurídico das disposições constitucionais a outras produções legislativas levariam o autor a sustentar que leis deveriam se harmonizar interpretativamente com a Constituição⁸.

A conceituação criada por Laband da mutação constitucional pouco tem em comum com a compreensão contemporânea do termo, mesmo entre os juristas alemães. A teoria de Laband foi o produto de um contexto social, político e social radicalmente diferente daquele hoje vivenciado na própria Alemanha ou no Brasil, e as premissas sob as quais se fundava o sistema constitucional então vigente já não são aplicáveis.

⁵ Segundo Laband “Não é nem o juiz, nem o administrador, é o Imperador que é encarregado de guardar a Constituição e zelar por ela. É a ele que incumbe a missão de fazer observar os princípios jurídicos que regem a legislação do Império em toda obra legislativa; ele analisa o interesse de todos os membros e de todos os sujeitos do Império, se a lei respeita as condições constitucionais; e ele responde a essa indagação de uma forma eficaz pela promulgação da lei.” (LABAND apud PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, pp.89).

⁶ Ver URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 20, n. 58, janeiro/abril de 2000, pp. 106. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/>.

⁷ Ver URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 20, n. 58, janeiro/abril de 2000, pp. 108. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/>.

⁸ Ver URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 20, n. 58, janeiro/abril de 2000, pp. 109. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/>.

Laband seria fortemente criticado posteriormente, quando ficaria claro que a mutação constitucional servia apenas ao propósito de legitimar a contradição estatal à Constituição, despiando-a de sua força normativa. Lembrado apenas como o criador da expressão mutação constitucional, o autor deixaria a Georg Jellinek⁹ a tarefa de desenvolver o conceito de mutação constitucional, inserindo-o na doutrina.

Jellinek, diferentemente de Laband, não repudiava todo o contato entre o direito e outros campos, como a política, a filosofia e a sociologia. A partir de um esforço para sistematizar a teoria do Estado, diferencia os conceitos de reforma e mutação, sendo a primeira a modificação do texto constitucional por ações intencionais e voluntárias e a segunda a modificação que independe de concreta alteração no texto, a qual é produzida por fatos de maneira não intencional¹⁰.

Assim, sendo a mutação constitucional a mudança ocasionada por atos não intencionais, que mantêm intacto o texto expresso da Constituição, Jellinek citará exemplos do fenômeno, embora de forma não-sistematizada, como observa Ana Victoria Sanchez Urrutia:

En la descripción del fenómeno, es poco sistemático: recoge de manera poco ordenada datos sobre los cambios informales de las Constituciones de su época. Así hace referencia a la mutación constitucional a través de la práctica parlamentaria, por la administración y por la jurisdicción; a la necesidad política como factor de la transformación de la Constitución; a la mutación constitucional resultante de la práctica convencional; a la mutación de la Constitución por desuso de las facultades estatales y al problema de las mutaciones constitucionales consecuencia de las lagunas de la Constitución y su integración.¹¹

Jellinek relaciona pela primeira vez a noção de mutação constitucional à atividade interpretativa do poder judiciário, demonstrando que, agindo nas omissões da Constituição, os juízes estabeleciam interpretações que acabavam fixando novos sentidos, eventualmente

⁹ Ver JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução de Cristian Förter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

¹⁰ Segundo o autor “Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.” (JELLIKEK apud URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 20, n. 58, janeiro/abril de 2000, pp. 109. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/>).

¹¹ URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 20, n. 58, janeiro/abril de 2000, pp. 111. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/>.

contrários ao texto constitucional, provocando uma modificação em sua compreensão. É observando a tradição norte-americana que Jellinek estabelece a possibilidade de o judiciário, através do controle de constitucionalidade, realizar a mutação constitucional¹².

Também de forma contrária a Laband, o autor estabeleceu conexões positivas ao conceito de mutação, concluído por sua necessidade no sistema constitucional. Partindo do princípio de que o direito é apenas um dos muitos atributos *interligados* da sociedade, Jellinek toma por base a teoria de Lassale¹³ para afirmar que, sendo a problemática do direito constitucional antes política que jurídica, a positivação de seus preceitos por si só jamais será capaz de abarcar a complexidade das questões que envolvem, a um só tempo, a esfera jurídica e a real. Desse modo, o desenvolvimento de um direito constitucional não-escrito, como forma de conexão entre o texto e a realidade, parece ser a única forma de evitar o colapso do sistema¹⁴.

No entanto, a relação entre a Constituição e a realidade, mais do que uma forma de permitir a evolução do sistema constitucional, ocorre para Jellinek diante do que acredita representar uma sobreposição da esfera real sobre a esfera normativa; essa superioridade do fato, para o autor, opera-se também quanto à força normativa da Constituição, que em suas palavras se curva à força normativa do fato¹⁵.

Desse modo, muito embora represente significativa evolução, em termos de análise e sistematização do conceito de mutação constitucional, relação à teoria de Paul Laband, Jellinek ainda não desenvolve o conceito de mutação constitucional no contexto de supremacia constitucional que é a base do sistema contemporâneo.

¹² Ana Victoria Sanchez Urrutia observa, quanto à influência norte-americana na obra de Jellinek, que “(...) menciona principalmente la modificación y consecuente ampliación de las atribuciones del poder central de la Unión americana por la vía de la teoría de los poderes implícitos. Así sostiene que «... el juez, en América, ocupa efectivamente el lugar del legislador constitucional. No sin razón se califica a los tribunales, en América, como tercera cámara legislativa».” (URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 20, n. 58, janeiro/abril de 2000, pp. 112. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/>). Ver também JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução de Cristian Förter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 11-26.

¹³ Ver LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Para uma análise da influência de Lassale na teoria de Jellinek, ver PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, pp. 92-101.

¹⁴ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, pp. 100-101.

¹⁵ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução de Cristian Förter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 07.

De fato, a ausência de um mecanismo de controle de constitucionalidade no sistema constitucional alemão foi determinante na dificuldade que os membros da Escola Alemã de Direito Público – dentre os quais Laband e Jellinek – experimentaram para delimitar, de forma clara, os conceitos de reforma e mutação. Essa perplexidade com o desalinhamento entre o fático e o jurídico permaneceria sem uma solução determinada no âmbito na Constituição alemã de 1871, e somente no contexto da Constituição de Weimar o processo informal de mudança conheceria novo ímpeto doutrinário de sistematização.

As transformações trazidas pela República de Weimar desencadearam uma crise generalizada do direito público alemão, em parte por consequência de uma noção de superioridade legislativa em detrimento da normatividade constitucional, que no período entre guerras causou um aumento exponencial da produção de leis na Alemanha¹⁶ em razão da tomada do positivismo jurídico na esfera doutrinária¹⁷. No entanto, esse legicentrismo seria meramente um sintoma de uma crise notadamente política.

A derrota na Primeira Guerra Mundial devastou profundamente a Alemanha, econômica, política e socialmente, e a transformação do império alemão em uma República ocorreu por imposição da base aliada, gerando grande resistência ao novo regime. Essa crise política acabaria trazendo questionamentos acerca da própria legitimidade da Constituição, e colocaria em xeque a continuidade do sistema constitucional alemão¹⁸.

¹⁶ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, pp. 101.

¹⁷ Jacobson e Schlink observam que a enorme influência na esfera doutrinária de autores positivistas como Paul Laband e Georg Jellinek, ainda sob a égide da Constituição anterior, já sinalizava a valorização do positivismo jurídico, que atingiria o ápice durante a vigência de Weimar. Ver JACOBSON, Arthur J., SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley/London: University of California, 2002, pp. 16.

¹⁸ Jacobson e Schlink analisam a crise de Weimar sob uma perspectiva comparativa às crises jurídicas enfrentadas pelos Estados Unidos, e fixam as raízes do estremecimento do sistema constitucional alemão no período na própria precedência do Estado à Constituição, que não ocorreu no contexto norte-americano. Sobre a Constituição americana e as crises constitucionais, afirmam que “That a crisis of the state should result in a crisis of the law framing and founding it is not self-evident; certainly the American experience is to the contrary. Crises of the American state have never led political elites to question the legitimacy of the constitutional government. Even the extraordinary struggles leading up to the Civil War did not cast doubt on the legitimacy of constitutional government itself. They were the ordinary, even if ultimately violent, struggles of constitutional interpretation, rather than a sustained search for a fundamentally different principle of political organization. Even secession was justified on the basis of fidelity to the constitutional document. The American Revolution established beyond practical challenge that government is conceivable only as constitutional government, ‘one whose powers have been adapted to the interests of its people and to the maintenance of individual liberty.’ The American state is the creature of a constitution framed by the people through its representatives. It is inconceivable upon any other basis. The constitution precedes the state, logically and temporally.” (JACOBSON, Arthur J., SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley/London: University of California, 2002, pp. 01). Por outro lado, destacam que o contexto alemão é radicalmente distinto, afirmando que “The German state, by contrast, precedes the constitution. It does so historically

Tais questionamentos, de origem política, ocorrem principalmente tendo em vista que a Constituição de Weimar foi promulgada pela mesma assembleia que, meses antes, promulgara o Tratado de Versailles, com todas as suas consequências limitadoras ao poder soberano alemão. A ausência de uma maioria evidente no processo de elaboração da Constituição e sua relação com todas as sanções impostas à Alemanha pelos vencedores da Guerra foram os principais responsáveis pelo imenso volume de críticas imposto pela comunidade jurídica à Constituição de Weimar¹⁹.

No entanto, foi graças a essa crise institucional que o período da República de Weimar constituiu um desenvolvimento do conceito de mutação constitucional, como esclarece Flávio Quinaud Pedron:

Diante da “crise” na Teoria do Estado que assolará o período de Weimar, os defensores de uma postura não formalista acabaram por abraçar a defesa de um critério de legitimação do Estado e da Constituição a partir de um referencial externo ao próprio universo jurídico; isto é, a tentativa de identificação e de observância dos valores presentes na cultura de uma dada sociedade fornecerá o parâmetro para a legitimidade de uma mutação constitucional.²⁰

Foi nesse contexto de crise e influenciado pela teoria desenvolvida por Jellinek que, em 1932, Hsü Dau-Lin²¹ procuraria sistematizar o conceito de mutação constitucional, situando o debate acerca da contraposição entre normas jurídicas escritas e a situação jurídica real como o cerne da questão envolvida nas mudanças informais da Constituição. As diferentes combinações acerca das relações entre realidade e norma são então esquematizadas para construir um conceito multifacetado de mutação constitucional.

Dentre as possíveis relações entre norma e realidade, encontram-se (i) a existência de determinada realidade sem correspondência na norma constitucional que, no entanto, não a viola;

– the state as object to the monarch’s will and power was there before any constitution could frame or found it – and the course of history has guided legal thinking. Until the Federal Republic [*Bundesrepublik*], the constitution was understood not as founding and framing the state, but rather as shaping and limiting the inherently unlimited powers of an already existing political organization. The constitution derived its legitimacy from the state, not the state from the constitution.” (JACOBSON, Arthur J., SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley/London: University of California, 2002, pp. 01-02).

¹⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, pp. 103-105.

²⁰ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, pp. 112..

²¹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

(ii) a existência de norma que não possui uma situação fática correspondente, o que resulta em uma impossibilidade de exercer direitos previstos normativamente; (iii) a existência de uma realidade que contradiz a norma, a qual resulta inconstitucional e (iv) a existência de uma realidade que gradativamente escapa à norma, sobrepondo-a por meio da interpretação e desconsiderando o sentido que o constituinte poderia ter originalmente pretendido. Sobre tais classificações, Dau-Lin explicita que:

Si el problema de la mutación de la Constitución estriba en la relación entre la Constitución escrita y la situación constitucional real, es decir, entre normas y realidad en el campo del derecho constitucional – la mutación constitucional es la relación incorrecta entre ambas - entonces se pueden diferenciar cuatro clases de la mutación de la Constitución: 1. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución. 2. Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente. 3. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución. 4. Mutación de la Constitución mediante su interpretación.²²

O autor destaca que as mutações constitucionais devem integrar o conceito de Constituição que inclua uma perspectiva dinâmica, funcionando como instrumento para a manutenção da unidade do Estado e seu caráter evolutivo em função da realidade. Dau-Lin dedica especial atenção, nesse sentido, à mutação constitucional por meio da interpretação, destacando que se trata da forma mais frequente de expressão do fenômeno, herdada em grande parte da tradição norte-americana²³. Sobre a mutação pela interpretação, afirma que:

Cabe, también, una mutación constitucional mediante la interpretación: particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión. La norma constitucional queda intacta, pero la práctica constitucional que pretende seguirlas, es distinta. Lo que se infiere de la Constitución un día como derecho ya no lo es posteriormente. La Constitución experimenta una mutación en tanto que sus normas reciben outro contenido, en la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas de las antes imaginadas.²⁴

²² DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 31.

²³ Ver DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 47-48, acerca da expansão do poder da União no contexto norte-americano a partir da interpretação da Suprema Corte.

²⁴ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 44.

O contexto no qual Hsü Dau-Lin analisou a mutação constitucional, entretanto, foi radicalmente alterado nas décadas seguintes. Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a derrota da Alemanha, o Terceiro *Reich* é dissolvido juntamente com todo o sistema político vigente. A Lei Fundamental de Bonn representou, nesse sentido, verdadeira ruptura com a prática constitucional anterior, e dedicou-se à construção de novos fundamentos normativos, com especial ênfase aos direitos fundamentais²⁵.

Parte dessa transformação essencial nos preceitos fundantes do sistema constitucional envolveu uma nova visão da sociedade, de cunho pluralista, e a consequente imputação à Constituição da função de equilibrar os conflitos sociais decorrentes dessa pluralidade de concepções e objetivos, e de encontrar espaços de igual representação e garantia para todos. Tal função tornou ainda mais central a necessidade de conexão entre o real e o normativo, e a capacidade de responder às mudanças sociais assumiu um papel fundamental na efetividade das normas constitucionais²⁶. Nesse sentido, Flávio Quinaud Pedron observa, quanto ao novo sistema constitucional alemão, que:

A Lei Fundamental de Bonn, como observa Vieira (1999, p. 106), é uma clara reação ao nazismo, bem como ao decisionismo que marcou a corrosão do período de Weimar. Por isso mesmo, diversos grupos, sob perspectivas teóricas das mais variadas, buscarão lançar uma interpretação que justificasse os direitos fundamentais sob os mais distintos pontos de vistas (...). Com isso, vê-se uma importante inversão na lógica jurídico-política alemã: em momentos anteriores, sob inspiração hegeliana, o Estado era concebido como uma entidade espiritual superior, e passou, a partir de então, a ser visto como um instrumento de realização de direitos inalienáveis (VIEIRA, 1999, pp. 108).²⁷

A partir de tais perspectivas, dois aspectos serão fundamentais na construção de um sistema que permita o alcance da efetiva concretização dos objetivos constitucionais: a já mencionada conexão do texto constitucional com as frequentes mudanças sociais e a natureza

²⁵ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, pp. 126-127.

²⁶ Nesse sentido, Konrad Hesse destaca que “A Constituição é a ordem jurídica fundamental da Comunidade. Elas fixam os princípios diretores com relação aos quais deve-se produzir a unidade política e assumir as tarefas do Estado. Contém os procedimentos para resolver os conflitos no seio da Comunidade. Regula a organização e o procedimento de produção da unidade política e de atuação estatal. Cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica em seu conjunto. Nisso tudo, a Constituição é o ‘plano estrutural básico, orientado por determinados princípios, que dão sentido à conformação jurídica de uma Comunidade.’” (HESSE apud PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, pp. 131).

²⁷ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, pp. 128.

aberta das normas constitucionais. A última, decorrente da abstração existente no próprio conteúdo das cláusulas constitucionais – especialmente nos direitos fundamentais – será essencial para a compreensão do novo papel conferido ao Tribunal Constitucional, que a partir da interpretação de tais cláusulas assumirá as funções de estabilizar os conflitos sociais e manter a conexão entre as esferas normativa e real.

Konrad Hesse, ao analisar a nova ordem constitucional alemã, destaca que a realidade social imprime pressões ao conteúdo da Constituição, que deve acompanhar seu desenvolvimento sob o risco de ver a petrificação do conteúdo constitucional. Observa, nesse sentido, que:

(...) a Constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga, sob mudadas circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade. Partindo disso, nem a Constituição como um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido; precisamente sua continuidade pode chegar a depender da forma em que se encare a mudança.²⁸

Para o autor, tais mudanças constitucionais essenciais poderiam se dar por meio da reforma ou da mutação constitucional, que ocorreria com a modificação do conteúdo normativo sem a alteração do texto literal, especialmente nas normas de conteúdo aberto – como os direitos fundamentais – que dependem de sua aplicação para adquirir concretude. Hesse confere grande destaque à mutação constitucional no sistema vigente, sob a crença de que a força normativa da Constituição é atribuída à sua capacidade de operar na realidade.

No entanto foi também Hesse o primeiro a se preocupar de forma expressa com o estabelecimento de limites à mutação constitucional, afastando ainda mais o conceito das linhas traçadas por Laband e Jellinek. Dentre tais limites, destaca a impossibilidade de franca contradição ao texto e aos valores centrais da Constituição, à sua *identidade*²⁹.

Desse modo, a mutação constitucional para Konrad Hesse está diretamente ligada à natureza aberta das normas constitucionais e à atuação do Tribunal Constitucional; a abstração do texto constitucional, que exige a interpretação e a aplicação pelo Tribunal Constitucional para sua

²⁸ HESSE apud PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, pp. 131.

²⁹ URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 20, n. 58, janeiro/abril de 2000, pp. 135. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/>.

concretização, autoriza-o a redefinir as normas referentes aos direitos fundamentais, realizando mutação constitucional através da interpretação.

2. A herança germânica e a mutação constitucional no Brasil

O sistema constitucional brasileiro herda da matriz alemã o conceito da mutação constitucional, já amplamente desenvolvido. Essa introdução inicia-se pela via doutrinária, ganhando destaque a partir da década de 1980, e posteriormente atinge também o âmbito jurisprudencial, mas é através da doutrina que se identifica com mais facilidade essa inspiração europeia.

Na primeira grande incursão doutrinária ao tema da mutação constitucional, Anna Cândida da Cunha Ferraz remete o conceito às doutrinas dos alemães Georg Jellinek e Karl Loewenstein³⁰; posteriormente, Gilmar Ferreira Mendes introduz a mutação constitucional com referências à Jellinek e Hsü Dau-Lin³¹. Em anos recentes, Luís Roberto Barroso também se dedica ao estudo da mutação constitucional, citando a influência da doutrina de Jellinek, Hsü Dau-Lin e Konrad Hesse³², e reconhecendo a procedência alemã do conceito no contexto europeu ao afirmar:

Na Europa, a doutrina tradicional, originária da teoria constitucional francesa, só admitia modificações na Constituição por via do procedimento próprio de reforma de seu texto. Coube à teoria constitucional alemã, em elaborações sucessivas, e à própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o desenvolvimento e a comprovação da tese da ocorrência de alterações na Constituição material de um Estado, sem qualquer mudança no texto formal.³³

Assim, o termo mutação constitucional vem sendo utilizado no contexto constitucional brasileiro para designar as mudanças informais da Constituição, na condição de “mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no

³⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 06-08.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional* [Estudos em homenagem a Anna Maria Villela], Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 162, 2004, pp. 165.

³² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 124.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 124.

entanto, qualquer modificação de seu texto”³⁴. Com maior precisão foi o conceito desenvolvido por Anna Cândida Ferraz, que afirma que a mutação constitucional:

(...) consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.³⁵

É interessante notar que o conceito de mutação constitucional desenvolvido pela doutrina alemã, inicialmente carregado de inúmeras vertentes – mutação mediante a edição de leis contrárias à Constituição, mutação mediante práticas estatais constitucionais e inconstitucionais, mutação mediante a impossibilidade de aplicação de previsões constitucionais, mutação mediante usos e costumes contrários à Constituição – acabou sendo despido no contexto brasileiro à noção da mutação constitucional interpretativa, tendo a prática atribuído ao Supremo Tribunal Federal a função de realizar, no exercício do controle de constitucionalidade, mudanças constitucionais informais.

Essa tendência é facilmente identificável pela observação dos principais exemplos de mutação constitucional apontados pela doutrina no contexto brasileiro³⁶. Dentre esses, um dos mais citados casos de mutação constitucional se refere ao tratamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal ao instituto do Mandado de Injunção.

Tornou-se paradigmática nesse sentido a recente jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Injunção n. 708 e 712³⁷ (entre

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 124.

³⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 09.

³⁶ Doutrinadores como Ana Cândida da Cunha Ferraz (em *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986), Luís Roberto Barroso (na obra *Curso de direito constitucional contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2011) e Gilmar Ferreira Mendes (em diversas oportunidades, dentre as quais em *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional* [Estudos em homenagem a Anna Maria Villela], Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 162, p. 149-168, 2004 e com Paulo Gonet Branco em *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2010) explorando oportunamente o conceito de mutação constitucional e sua aplicação ao contexto constitucional brasileiro, indicaram situações em que poderiam ser identificadas tais mutações constitucionais na jurisprudência.

³⁷ Quanto ao julgamento dos Mandados de Injunção relativos ao direito de greve dos servidores públicos, ver MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 1325-1335.

outros de natureza semelhante), impetrados respectivamente pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, contra a omissão do Congresso Nacional em legislar acerca do direito de greve dos servidores públicos.

A inércia do Congresso, no caso em tela, feriu disposição expressa do texto (determina o art. 37, inciso VII da Constituição Federal que lei específica determinará os termos e limites do direito de greve dos funcionários públicos), impossibilitando assim o exercício de direito constitucionalmente garantido.

Diante disso o Supremo conheceu dos Mandados de Injunção para determinar, enquanto não sanada a omissão, a aplicação da Lei 7.783/89, a qual dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. O Ministro Gilmar Mendes, relator do MI 708, defendeu em seu voto o uso da sentença aditiva por basear-se a solução em regime previamente adotado pelo legislador e por tratar-se de solução constitucionalmente obrigatória.

Tal posicionamento do Supremo Tribunal Federal acabou por empurrar ao limite o equilíbrio da separação de poderes, tendo a Corte sido acusada de verdadeira usurpação do papel legislativo. O STF rebateu afirmando ser inaceitável a mora legislativa, passados mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição Federal, em direta inobservância do dever constitucionalmente imposto de legislar; e ainda, a impossibilidade na negação prestação jurisdicional diante do claro óbice ao exercício de direito constitucionalmente garantido.

As consequências de tal decisão, no entanto, vão muito além daquelas referentes ao caso concreto – e frise-se que essas não são pequenas, não apenas pela dimensão política da greve de servidores públicos em si, mas pela série de questões problemáticas decorrentes da aplicação de normas criadas para o âmbito particular na suspensão da prestação de serviços essenciais – mas representam a concretização de verdadeira virada jurisprudencial no posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao instituto do Mandado de Injunção.

A inserção do Mandado de Injunção na Constituição de 1988 causou perplexidade pela ausência de regulação quanto ao uso do instituto, e no período imediatamente posterior à promulgação do texto constitucional discutiu-se acerca da necessidade de edição de uma legislação reguladora antes que o MI pudesse ser devidamente utilizado. No entanto, em 23 de novembro de 1989, por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção n. 107, Relator Ministro

Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar a questão do controle de constitucionalidade por omissão por meio do MI.

Um oficial do exército propôs a ação contra o Presidente da República, pela omissão no cumprimento de dispositivo da Constituição Federal que determinava a necessidade de lei disciplinando a duração dos serviços temporários militares, alegando a impossibilidade de exercer seu direito de permanecer na ativa após nove anos de serviços prestados.

A possibilidade de expedição de norma geral e concreta para a solução da controvérsia foi então analisada pelo Supremo Tribunal Federal, que no entanto decidiu pela impossibilidade da medida. Sobre a opinião expressa no voto vencedor do relator, Gilmar Ferreira Mendes observa que:

A opinião que sustentava a possibilidade de o Tribunal editar uma regra geral, ao proferir a decisão sobre mandado de injunção, encontraria insuperáveis obstáculos constitucionais. Tal prática não se deixaria compatibilizar com o princípio da divisão de Poderes e com o princípio da democracia. Além do mais, o modelo constitucional não continha norma autorizadora para a edição de regras autônomas pelo juizado, em substituição à atividade do legislador, ainda que com vigência provisória, como indicado pela doutrina. Portanto, essa posição revela-se incompatível com a Constituição.³⁸

Assim, a decisão do Supremo foi no sentido de que o Mandado de Injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados que dependiam da edição de normas de organização, devendo o Tribunal, no entanto, limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e determinar que o legislador tomasse as providências necessárias, constituindo-o em mora.

No entanto, a evolução jurisprudencial do uso do Mandado de Injunção revelou uma insuficiência do modelo estabelecido no julgamento do MI 107; a falta de resposta por parte do legislativo e a consequente perpetuação das omissões apreciadas por meio de MI levaram a uma gradual reação do Supremo Tribunal Federal, que passou a estabelecer prazos para que o legislativo sanasse as omissões³⁹, posteriormente sanções se tais omissões não fossem sanadas⁴⁰ até finalmente fazer uso da sentença aditiva para sanar as omissões, no julgamento dos MI 708 e 712.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 1320.

³⁹ Ver julgamento do Mandado de Injunção n. 283, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence.

⁴⁰ Ver julgamento do Mandado de Injunção n. 232, Rel. Ministro Moreira Alves.

Nesse sentido, na elaboração da ementa do acórdão referente ao julgamento do MI 712, a Corte é muito clara ao afirmar que “Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia”⁴¹. Com isso, vislumbra-se hoje no mandado de injunção, ação inicialmente concretizada como forma de mera notificação da mora ao legislativo, ferramenta capaz de resultar em legislação positiva por parte do Supremo, sem que tenha se concretizado qualquer alteração no texto da Constituição.

Também frequentemente citado entre os doutrinadores está o caso do tratamento do chamado foro por prerrogativa de função pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1988 incluiu dentre as competências de determinados tribunais o julgamento de ações penais originárias em desfavor de agentes públicos como o Presidente da República, deputados e senadores. Durante mais de uma década de vigência da Constituição, o Supremo Tribunal Federal sustentou o entendimento de que tal prerrogativa persistia mesmo após a saída do agente do cargo ou função pública, devendo o processo permanecer no tribunal competente. Tal entendimento foi consolidado, inclusive, pelo enunciado n. 394 da súmula do STF.

No entanto, por ocasião do julgamento do Inquérito 687/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, o Supremo alterou seu entendimento anterior para afirmar que a competência originária do tribunal somente se manteria enquanto o agente público permanecesse no cargo que lhe conferia a prerrogativa; após, o processo deveria retornar ao juízo de primeira instância. Sobre a questão, Luis Roberto Barroso comenta que:

De fato, durante longo período, a norma constitucional foi interpretada no sentido de que a competência do Supremo Tribunal Federal estava associada ao ato praticado pelo agente público, sendo indiferente que o réu houvesse deixado o cargo ou função após sua prática. A partir da decisão no Inq. 687, a Corte passou a entender, justamente ao revés, que a competência está vinculada à circunstância de o agente público encontrar-se no exercício do cargo ou função. Note-se que a Constituição de 1988 nada diz de forma expressa sobre aspecto da questão, limitando-se a descrever a competência do STF sem maiores considerações (...).⁴²

Assim, mais uma vez se percebe nova leitura de um dispositivo constitucional sem que tenha ocorrido qualquer alteração textual. Nesse mesmo sentido se desenvolveu o questionamento da aplicação do art. 52, X da Constituição Federal pelo Supremo, controvérsia suscitada a partir do julgamento do HC 82.959.

⁴¹ Disponível em www.stf.jus.br.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 132.

A decisão, proferida em sede do HC, afastou a vedação legal à progressão de regime em crimes hediondos, e o Supremo Tribunal Federal entendeu necessário modular os efeitos da decisão por meio da aplicação subsidiária do art. 27 da Lei 9.868/99, que regulamenta o julgamento das ações diretas. Naturalmente, a preocupação do Supremo em projetar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o futuro (efeito *ex nunc*) só faria sentido mediante a consideração de que a decisão produziria efeitos gerais e não apenas *inter partes*.

No entanto, até aquele momento entendia-se que os efeitos da decisão proferida em sede controle difuso eram *inter partes*, só sendo possível o efeito geral se o Senado, no exercício do direito conferido no art. 52 da CF, decidisse suspender a efetividade do dispositivo legal impugnado.

Tendo o Senado permanecido inerte, o juiz de direito da Vara de Execuções Penais da comarca de Rio Branco recusou-se a aplicar a decisão do STF sob o argumento de que a mesma somente possuiria eficácia para as partes envolvidas no caso. A recusa gerou a Reclamação n. 4.335, que chegou ao plenário do Supremo e cujo julgamento está suspenso.

No entanto, em seu voto o relator, Min. Gilmar Mendes, posicionou-se de modo favorável à reclamação, lançando a tese de que “(...) se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso”⁴³.

Nesse sentido, o voto do relator concluiu que o Supremo Tribunal Federal vinha, por sua própria jurisprudência, sinalizando o entendimento de que as decisões tomadas em sede de controle incidental seriam dotadas de eficácia *erga omnes* e que tal prática reiterada por parte da Corte sinalizaria verdadeira mutação constitucional do papel do Senado Federal, inscrito no art. 52 da Constituição.

Como essas, outras⁴⁴ controvérsias tem sido apontadas como indicadores da presença do fenômeno da mutação constitucional entre nós. O denominador comum entre elas, no entanto, é

⁴³ Reclamação n. 4335, Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁴⁴ Luís Roberto Barroso observa que “Na experiência brasileira, é sempre invocada a mutação que no primeiro quarto de século sofreu o instituto do habeas corpus, que se transmutou de um remédio processual penal em uma garantia geral dos direitos. (...) Desenvolvida por Rui Barbosa, a denominada doutrina brasileira do habeas corpus, precursora do mandado de segurança, serviu para assegurar a posse de governadores e outros ocupantes de cargos públicos, assim como para garantir a liberdade de imprensa, a imunidade parlamentar, o direito de greve e as prerrogativas da magistratura.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 137). Sobre a doutrina brasileira do *habeas corpus*, Anna Cândida Ferraz explicita que “A chamada doutrina

claramente a interpretação constitucional. De fato, o Supremo Tribunal Federal, que na última década assumiu uma posição de protagonismo no cenário nacional, tomou para si o papel de uniformizar práticas constitucionais, ainda que não positivadas, por meio do controle de constitucionalidade.

De tal esforço resultou a judicialização de questões inicialmente envolvidas com a prática estatal e a impossibilidade de aplicação de previsões constitucionais⁴⁵, através do controle de constitucionalidade da omissão, de modo que uma mutação constitucional originada por tais questões acaba transmutada também em uma mutação interpretativa. Até mesmo a chamada mutação por usos e costumes – que em verdade possuem mais peso no contexto das constituições flexíveis – contrários à Constituição parece necessitar do viés interpretativo para se concretizar, à exemplo do caso do nepotismo. Anna Cândida Ferraz explica o processo de mutação interpretativa:

Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por elas ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui

brasileira do habeas corpus foi, sem sombra de dúvida, a mais importante contribuição do judiciário no desenvolvimento da *construction*, em torno da Constituição Brasileira. Por interpretação construtiva, fortemente influenciada pelas figuras exponenciais de Ruy Barbosa, na tribuna de defesa, e de Pedro Lessa, na cátedra e na magistratura, o Supremo Tribunal Federal, em 1909, deu ampla interpretação ao conceito genérico contido no art. 72, § 22, da Constituição Federal de 1891, e estendeu o remédio do habeas-corpus, originalmente imaginado como instrumento de proteção apenas da liberdade de locomoção, à proteção de quaisquer lesões de direitos pessoais, praticadas por abuso de autoridade pública” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 138). Outras experiências incluem a reversão da consolidada prática do nepotismo pela releitura do princípio da moralidade pelo Supremo Tribunal Federal, a qual resultou na edição da Súmula Vinculante n. 06.

⁴⁵ Rever, supra, as diferentes formas de mutação constitucional propostas por Hsü Dau-Lin, dentre as quais, além da mutação interpretativa, a mutação por práticas estatais e a mutação por impossibilidade de aplicação das previsões constitucionais, inclui as chamadas mutações inconstitucionais. Essas últimas, no entanto, jamais mereceram maior atenção por parte da doutrina, que em geral as rejeita como intoleráveis. Nesse sentido, Barroso observa que “As mutações que contrariam a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por sua superação, seja por sua conversão em Direito vigente.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 129). Do mesmo modo, Anna Cândida Ferraz exclui do conceito de mutação constitucional as chamadas mutações inconstitucionais ao afirmar que “A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processo que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por mutações inconstitucionais.” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 10).

novos conteúdos, em todas essas situações se está diante do fenômeno da mutação constitucional. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional.⁴⁶

Assim, pouco parece diferenciar a mutação constitucional da interpretação jurídica, ou melhor, de uma reinterpretação levada a cabo pelo judiciário no regular exercício do controle de constitucionalidade. Tais reinterpretações, notadamente influenciadas por mudanças fáticas e também políticas, certamente têm o condão de alterar a aplicação das disposições constitucionais, e se mostram especialmente amplas na aplicação de cláusulas abertas ou previsões sem regulamentação, mas de forma geral não se diferenciam da prática corriqueira da interpretação constitucional, a não ser, talvez, pelo elemento político.

De fato, o plano político da interpretação constitucional, que oscila entre as posturas ativista e autorestritiva, é fundamental à compreensão das mudanças jurisprudenciais decorrentes da releitura de cláusulas abertas – principalmente porque tais cláusulas em geral possuem uma alta carga valorativa, como já havia observado Hesse. Não coincidentemente, tais reinterpretações, sob o título de mutações constitucionais, passaram a ganhar notoriedade entre nós na última década, quando o Supremo Tribunal Federal começou a assumir uma postura ativista.

Por outro lado, os limites da mutação constitucional – que Hesse já procurara estabelecer no contexto alemão – naturalmente se confundem com os limites da interpretação constitucional, que são testados pela prática do ativismo judicial. Sobre os limites da mutação constitucional, Anna Cândida Ferraz observa que:

Seus limites são necessariamente mais amplos e definidos do que os limites que se impõe ao constituinte derivado, isto é, ao poder de reforma constitucional, na medida em que este, com permissão expressa da Constituição, atua precisamente para reformá-la, emendá-la, modificando o texto e o conteúdo constitucional. O poder constituinte difuso, porque não expressamente autorizado, porque nasce de modo implícito e por decorrência lógica, não pode reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição. Sua atuação se restringe a precisar ou modificar o sentido, o significado e o alcance, sem todavia vulnerar a letra constitucional.⁴⁷

⁴⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 56-57.

⁴⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 11. A menção a um poder constituinte “difuso”, que atuaria no processo de mutação constitucional, foi posteriormente acolhido por parte da doutrina brasileira. Barroso faz referência a tal poder difuso, explanando que “(...) se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais,

Do mesmo modo, Barroso parece espelhar as palavras do autor alemão ao afirmar:

Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim dizer, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado o afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.⁴⁸

Desse modo, parece que a compreensão do fenômeno da mutação constitucional exige, em verdade, um estudo acerca da interpretação, não apenas em seu cunho hermenêutico, mas também na complexa relação entre direito e política, que se vê testada no âmbito interpretativo.

3. A relevância do contexto norte-americano

Apesar da herança europeia associada ao conceito de mutação constitucional, o redirecionamento da análise do instituto leva à percepção de que a característica tensão, nascida da interpretação – especialmente a interpretação das cláusulas abertas – entre o direito e a política, que por muitas vezes resulta na releitura da Constituição, já vinha sendo desenvolvida antes mesmo que Laband utilizasse pela primeira vez o termo mutação constitucional.

De fato, a tradição norte-americana do controle de constitucionalidade, muito embora jamais tenha utilizado o termo mutação constitucional, havia inspirado os alemães no desenvolvimento do conceito, frequentemente citada por autores como Jellinek e Hsü Dau-Lin⁴⁹, apesar das notórias diferenças entre o contexto constitucional europeu e norte-americano, inclusive quanto à própria força normativa da Constituição que, no contexto europeu, esteve

não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Essa terceira via [de poder constituinte] já foi denominada por célebre publicista francês poder constituinte difuso, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 128).

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 128-129.

⁴⁹ Ver, supra, notas 12 e 23 acerca das referências de Jellinek e Hsü Dau-Lin ao contexto norte-americano no desenvolvimento do conceito de mutação constitucional.

ausente até tempos muito recentes, estabelecidas então, naquele continente, constituições majoritariamente programáticas.

Somente após as amargas experiências da Segunda Guerra Mundial a Europa – e em especial a Alemanha, uma das principais matrizes constitucionais brasileiras – abraçou de forma definitiva a força normativa da Constituição, a proteção aos direitos fundamentais e a necessidade de se limitar o poder legislativo⁵⁰.

Para tanto, tomaram por base justamente a bem sucedida experiência dos Estados Unidos, que muito antes já havia se dado conta dos perigos da tirania da maioria e elevado o judiciário ao papel de defensor dos interesses minoritários. Por esse motivo o controle judicial de constitucionalidade norte-americano, após mais de duzentos anos de ininterrupta ordem constitucional, desenvolveu-se além de qualquer outro na esfera contemporânea.

Esse desenvolvimento longo e exacerbado acabou por permitir ao sistema constitucional norte-americano oferecer de modo ímpar múltiplos exemplos do processo de mudança informal da Constituição, como salientado por Barroso:

No direito norte-americano, o fenômeno da mudança não-formal do texto constitucional é, a um só tempo, potencializado e diluído em razão de duas circunstâncias. A primeira está associada ao caráter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados. A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juízes e tribunais em países nos quais vigora o sistema do common law. Em consequência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria

⁵⁰ Mauro Capelletti observa, de forma semelhante, os efeitos que a Segunda Guerra Mundial exerceu sob o sistema jurídico europeu ao afirmar que “Austria desde 1945, Japón desde 1947, Italia desde 1948 y Alemania desde 1949 han seguido un camino similar en su esfuerzo por construir una nueva forma de gobierno, con libertades civiles y democráticas, desde que salieron de la pesadilla de la tiranía y la guerra. Todos han adoptado una Constitución escrita, que debe ser cumplida por todas las ramas del gobierno; han introducido unos límites estrictos al procedimiento de enmienda de la Constitución, amparando de esta manera las nuevas leyes básicas frente a los caprichos de las mayorías pasajeras; han incluido una declaración de derechos en la Constitución, incluyendo así en la protección de la Constitución a los individuos en su relación con el poder gubernamental; y por último, han confiado la aplicación de la Constitución, y de su declaración de derechos, a nuevos o renovados tribunales judiciales, dotados con importantes garantías de independencia con respecto a los grupos políticos. (...).La revolución constitucional —en el pleno sentido de la palabra— ocurrió en Europa sólo con el conocimiento que dio la dolorosa experiencia de que una Constitución y una declaración constitucional de derechos, necesitan un sistema judicial para hacerlas efectivas. Los Estados Unidos ofrecieron sin duda un ejemplo influyente. Pero la lección más convincente vino de la experiencia vivida, la experiencia de la tiranía y la opresión por parte de un poder político no controlado por un sistema a la vez asequible a las víctimas del abuso gubernamental, capaz de contener dicho abuso.” (CAPELLETTI, Mauro. *¿Renegar a Montesquieu? La expansión y legitimidad de la “justicia constitucional”*. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 17, 1986, pp. 14-15. Disponível em <http://blog.pucp.edu.pe>).

dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre muitas outras.⁵¹

De fato a doutrina brasileira, não obstante a adoção do conceito de origem alemã, tem reconhecido a extrema relevância de tais processos informais de mudança constitucional ocorridos nos Estados Unidos. Barroso cita, nesse contexto, casos marcantes como a virada jurisprudencial formada a partir do *New Deal* em oposição à chamada Era Lochner e o reposicionamento da Suprema Corte norte-americana acerca da segregação racial por ocasião do julgamento de *Brown vs. Board of Education*⁵². Anteriormente, Anna Cândida Ferraz já havia feito referência a tais processos no contexto norte-americano, entre os quais destacou a evolução jurisprudencial da interpretação da cláusula do comércio e da cláusula do devido processo, as experiências da Era Lochner e do *New Deal* e a própria decisão de *Marbury vs. Madison*, que instituiu através da construção constitucional a figura do controle judicial de constitucionalidade⁵³.

Os Estados Unidos alimentaram, ao longo de sua história constitucional, um sofisticado debate acerca da interpretação e do controle judicial de constitucionalidade, que esclarece pontos essenciais da controvérsia gerada pela interferência política na esfera jurídica, para além do desenvolvimento da hermenêutica. Embora as raízes europeias em nosso sistema constitucional sejam sólidas – talvez tanto ou mais que as americanas, principalmente em anos recentes, com o crescimento do controle concentrado de constitucionalidade em detrimento do controle difuso – e sua herança, essencial ao desenvolvimento constitucional brasileiro, parece evidente que no tocante da mutação constitucional, não obstante a origem do conceito, a expansão da análise do contexto norte-americano se mostra essencial.

A compreensão do processo de mudança informal da Constituição certamente será possibilitada pelo detalhado estudo do sistema constitucional em que se desenvolveu com mais profundidade e por maior período, principalmente tendo em vista que somente o distanciamento do momento constituinte poderá revelar as falhas de adaptação do texto constitucional à esfera fática e às frequentes mudanças sociais.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 125.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 125-126.

⁵³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 130-135.

O Brasil ainda se encontra razoavelmente distanciado de uma realidade como a norte-americana, na qual o processo informal de mudança constitucional tornou-se uma necessidade, mas a observação do desenvolvimento de sistemas constitucionais mais antigos leva à certeza de que o gradual crescimento do espaço temporal que separa o presente da promulgação da Constituição inevitavelmente aumentará o desencontro entre a norma positivada e a realidade, ensejando a aplicação dos processos informais de mudança constitucional.

Assim, passar-se-á, no próximo capítulo, a uma detida análise não apenas do debate acerca da interpretação constitucional e das mudanças informais da Constituição nos Estados Unidos, mas também do contexto histórico, político e social em que tais fenômenos se desenvolveram, de modo a melhor compreender como tais fatores externos influenciam a esfera jurídica e principalmente a Constitucional, para posteriormente, no capítulo 03, passar a analisar os próprios processos de mudança informal da Constituição.

CAPÍTULO 02: O DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL NORTE-AMERICANO E AS MUDANÇAS INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO AO LONGO DO SÉCULO XX

1. As origens do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos

O controle judicial de constitucionalidade é uma construção moderna, que somente ganha sentido a partir do estabelecimento do Estado de Direito. Tendo como base os princípios da legalidade e da separação dos poderes, combinados à valorização crescente dos direitos fundamentais, o sistema instituído para o funcionamento do moderno Estado de Direito redirecionou o papel a ser exercido pelo Poder Judiciário.

O sistema de controle como é conhecido hoje teve origem nos Estados Unidos, em um modelo de constitucionalismo democrático que também em muitos outros aspectos influenciou a organização das democracias modernas, não apenas no novo mundo, mas no processo de reconstrução das nações europeias. Nesse contexto, a expectativa de que o Poder Judiciário, enquanto guardião de uma Constituição democrática, viesse a torná-la apta a refletir os anseios e vontades do povo que a promulgou vem movimentando a esfera jurídica desde que a célebre decisão em *Marbury vs. Madison*⁵⁴ institucionalizou⁵⁵ a complexa figura do controle judicial de constitucionalidade.

⁵⁴ Decidido pela Suprema Corte americana em 1803, *Marbury vs. Madison* marcou a história do constitucionalismo por uma questão não relacionada ao objeto do caso. William Marbury fora indicado para o cargo de Juiz de Paz* do Distrito de Columbia nos resquícios do mandato do Presidente John Adams, tendo sua nomeação sido postergada para efetivação pelo governo seguinte. Com a eleição de Thomas Jefferson, James Madison assumiu o cargo de Secretário de Estado, e responsável pela efetivação de William Marbury no cargo. John Adams havia sido, na esteira de seu predecessor George Washington, um partidário do federalismo, colocando-o em direção política oposta ao republicano Thomas Jefferson. Como em tantos outros momentos de transição política, Marbury e uma série de outros juízes indicados pela administração anterior foram preteridos por Madison, que não efetivou as nomeações com o intuito de indicar novos nomes. Marbury levou a recusa de Madison em efetivar sua nomeação à Suprema Corte, requisitando que fosse expedida uma ordem de cumprimento pela Corte. O *Chief Justice* John Marshall, emitiu a opinião da Corte, determinando a ilegalidade da recusa de Madison em efetivar a nomeação de Marbury. No corpo do texto, Marshall analisou o instrumento adequado para efetivar a nomeação de Marbury, comparando o *writ of mandamus* originário do *common law* às provisões contidas no art. III da Constituição, declarando, incidentalmente, que “the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.” (MARSHALL apud JOHNSON in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 203-205). Assim, Marshall determinou que caberia ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis regularmente adotadas pelo Congresso Nacional — uma concepção que não tinha previsão expressa no texto constitucional — efetivamente instituindo o controle judicial de constitucionalidade.

⁵⁵ Apesar de *Marbury vs. Madison* ser frequentemente apontado como o precedente que construiu a noção do controle judicial de constitucionalidade no direito norte-americano, há que se notar que durante o período colonial

Embora o controle judicial de constitucionalidade somente tenha sido de fato institucionalizado por ocasião da decisão de Marshall em 1803, a discussão acerca do papel do judiciário no contexto americano precedia a Constituição. Alexander Hamilton justificou o exercício do controle de constitucionalidade pelo judiciário em um dos últimos artigos federalistas, na década de 1780. A defesa de Hamilton de um corpo formado por membros sem mandato perpassou uma análise profunda do papel que se esperava da instância judicial na sociedade americana à época em que foi escrita a Constituição.

Em verdade a escolha de Hamilton pelo judiciário como guardião da Constituição justifica-se a partir de uma análise que nos dias de hoje ainda gera inflamadas discussões no âmbito teórico, mas que parece encontrar pouca resistência em prática, tendo o *judicial review* se tornado uma realidade irreversível no constitucionalismo moderno.

Para Hamilton, a escolha do judiciário como guardião da Constituição é natural por se tratar do mais inofensivo dos três poderes. Incapaz de atingir diretamente o povo por suas ações, como o executivo e o legislativo⁵⁶, e não podendo sequer agir se não provocado, o terceiro poder

alguns precedentes das cortes estaduais já haviam utilizado o conceito de controle. Sobre tais precedentes, Ronaldo Poletti destaca que “Os precedentes americanos remontam à época das colônias, cuja relação com a Coroa inglesa sempre foi difícil no tocante à manutenção dos liames jurídicos e políticos. Havia, na verdade, vários regimes de vinculação das colônias com a metrópole, resumidos em dois: o do governo provincial de proprietários e o de Cartas. No da primeira espécie, havia maior dependência e centralização. As colônias de governo fundado em Cartas concedidas pela Coroa gozavam de maior autonomia. (...). No caso de Massachusetts, a colônia, embora regida por Carta Régia, sempre esteve em dissídio com a Coroa e inspirado pelo puritanismo envolveu-se com as campanhas religiosas, políticas e militares travadas na metrópole. (...). Com a evolução dos acontecimentos e o desenvolvimento colonial, o governo tentou controlá-las pelo “Board of Trade and Plantations” que, no desempenho de seu mister, chegou a pedir ao “Privy Council” a anulação das leis coloniais contrárias aos estatutos ingleses. Muitas dessas leis foram anuladas.... De qualquer forma, as instituições inglesas estavam inspirando o sistema americano de controle das leis pela justiça, conforme a hierarquia valorativa de normas. O Juiz Whitaker, “Chief Justice” da Corte Suprema da Carolina do Sul, levantou o problema da compatibilidade da lei colonial com a lei inglesa, no sentido de saber se esta última seria o common law, o statute law ou o common law modificado, interpretado ou ampliado pelos estatutos. Qual o valor, enfim, do statute law inglês nas colônias? Os Tribunais das colônias tiveram que enfrentar esses problemas. James Otis, Procurador-Geral nos Estados Unidos (1761), combateu o absolutismo do Parlamento, sustentando, em Massachusetts, que determinada busca e apreensão, autorizada pela Coroa, violava a liberdade de domicílio, protegida pelo common law, e os tributos impostos desrespeitavam a Carta outorgada àquela colônia. O Juiz Cushing é outro exemplo dos precedentes da grande decisão de Marshall. Ele determinou a um júri de Massachusetts que desprezasse certas leis do Parlamento ‘como nulas e sem valor’.” (POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 20-21).

⁵⁶ “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least in a capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honors but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either over the strength or of the wealth of society, and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL but merely judgment (...).” (HAMILTON, Alexander, *The Federalist Papers* n. 78).

jamais ameaçaria a liberdade dos governados, e assim a ele deveria ser conferida a função de fiscalizar as ações dos demais e sua conformidade com a Constituição.

Nesse sentido, o papel do judiciário no novo sistema estabelecido pela iminente Constituição americana seria o de intermediar a relação entre o povo e seus representantes, mantendo os últimos em conformidade com os limites derivados de sua própria autoridade. E para tanto, Hamilton imaginou precisamente a figura do *judicial review*⁵⁷.

O estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade em *Marbury* veio completar o sistema democrático norte-americano; a partir de então nasce a noção de um Tribunal Constitucional responsável pela aferição de legitimidade e conformação entre os dispositivos constantes no ordenamento jurídico e os preceitos contidos na Constituição; e tal sistema remete naturalmente à noção de um controle *superveniente*. Isso porque a aplicação da norma abstrata ao caso concreto é inerente ao próprio objetivo do direito enquanto sistema, ora seja, a estabilização de expectativas normativas⁵⁸.

Ademais, mediante a própria sistemática da separação dos poderes, cabendo ao Legislativo a criação das leis, naturalmente está ligado a esse poder o controle prévio de constitucionalidade, e a estrita observância às disposições constitucionais no processo de elaboração dos dispositivos legais ordinários do ordenamento. Por sua vez o Judiciário, enquanto responsável pela aplicação das leis, incumbir-se-á da fiscalização da estrita conformidade das mesmas perante a Constituição, sob a perspectiva da aplicação de tais dispositivos ao caso concreto, num controle que procede a sua criação.

O controle superveniente e judicial de constitucionalidade realiza-se mediante a análise de dois fatores: (i) as consequências geradas pela concretização de direitos, de forma direta ou

⁵⁷ Sobre o papel do judiciário, frisou o autor que “Though I trust the friends of the proposed Constitution will never concur with its enemies in questioning that fundamental principle of republican government which admits the right of the people to alter or abolish the established Constitution whenever they find it inconsistent with their happiness; yet it is not to be inferred from this principle that the representatives of the people, whenever a momentary inclination happens to lay hold of a majority of their constituents incompatible with the provisions in the existing Constitution would, on that account, be justifiable in a violation of those provisions; or that the courts would be under a greater obligation to connive at infractions in this shape than when they had proceeded wholly from the cabals of the representative body.” (HAMILTON, Alexander, *The Federalist Papers* n. 78).

⁵⁸ O conceito de direito enquanto sistema que, através da aplicação de normas abstratas ao caso concreto – ou da concretização de direitos – procura estabilizar expectativas normativas contidas no ordenamento jurídico como um todo está contido na teoria de Niklas Luhmann. O autor dirá que “O direito processa, de um modo que nenhum outro sistema pode fazer, expectativas normativas capazes de se manterem em situação de conflito. Não pode, é claro, garantir que estas expectativas não se vejam desapontadas. Mas pode assegurar que possam ser mantidas como expectativas, ainda no caso de desapontamento, e que se pode sabê-lo e comunicá-lo com antecedência.” (LUHMANN, Niklas. *O direito como sistema social*. Tradução de Paulo Sávio Peixoto Maia. 1994, pp. 5).

perspectiva, e (ii) a interpretação dos dispositivos constitucionais, quanto ao significado e ao alcance, de modo a determinar a adequação do dispositivo legal à Constituição.

A interpretação, desse modo, figura como peça-chave na atuação do Judiciário enquanto poder realizador do controle de constitucionalidade superveniente; a forma de interpretar e as teorias que justificam a aplicação de determinada interpretação definirão a postura do Judiciário mediante a destinação concreta de uma lei que, em sua criação, passou por controle prévio de compatibilidade com o texto constitucional por meio de órgão democraticamente legitimado para representar o povo.

Daí porque a interpretação constitucional realizada por um ente sem representação democrática afeta diretamente o frágil equilíbrio da legitimidade, não apenas pelo prévio controle realizado pelo poder legislativo, mas também pela legitimação absoluta do legislador constitucional originário, cuja vontade, sancionada pela vontade democrática daqueles que o elegeram, se vê frequentemente questionada mediante a necessidade de se interpretar dispositivos constitucionais abertos. O grande dilema que atinge a interpretação constitucional está justamente na tarefa de aferir significado a tais dispositivos, cuja redação frequentemente enseja inúmeras possibilidades de aplicação, por vezes até mesmo opostas.

Nesse sentido, a variedade de possíveis interpretações ensejada pela abertura do texto constitucional traz à tona uma questão fundamental relacionada à estabilidade. Afinal, conforme uma Constituição se perpetua no tempo, diferentes contextos sociais, diferentes intérpretes e novos dispositivos legais a serem analisados frente aos constitucionais tenderão a possibilitar novas interpretações em diversos momentos; e desse modo, o dilema da mutabilidade da constituição está diretamente ligado à interpretação constitucional.

Tal dilema não é propriamente uma novidade na esfera jurídica. Ao tratar da interpretação constitucional, Cass R. Sunstein⁵⁹ dá destaque inicialmente às contradições doutrinárias de James Madison e Thomas Jefferson – peças chave na criação da carta magna americana – que nos primórdios do direito constitucional especulavam sobre os rumos que tomariam a Constituição e a sua interpretação.

Por um lado, Madison acreditava em uma Constituição de teor estático, o que significa dizer que as visões promulgadas pelos constituintes eram fundamentais, e deveriam ser protegidas. Se o fazia porque tinha fé incomensurável nos preceitos que, em conjunto com os

⁵⁹ Ver SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds*, Princeton: Princeton University Press, 2009.

demais pais fundadores, fixara no texto constitucional, ou porque desconfiava excessivamente do tratamento que as gerações futuras poderiam dispensar aos fundamentos de sua recém-formada nação, o fato é que Madison olhava com desconfiança o instituto das emendas, e esperava que elas fossem extremamente difíceis de se promulgar, salvaguardando as mudanças constitucionais para as ocasiões grandiosas e extraordinárias⁶⁰.

Jefferson, por sua vez, rejeitava a ideia da Constituição imutável; de forma expressa, o fazia porque acreditava que a reverência às intenções dos pais fundadores deveria ir apenas até certo ponto. Essa, porém, não era a principal razão pela qual se insurgia contra a visão estática de Madison. O propósito da Constituição, para Jefferson, exige a interpretação segundo as circunstâncias fáticas, as quais, naturalmente, sofriam e sofreriam alterações ao longo do tempo. Por isso Jefferson defendia que as gerações futuras saberão mais que as passadas, e que cada geração deveria criar sua própria Constituição.

É natural a conclusão inicialmente exposta por Sunstein, de que no debate Madison vs. Jefferson, Madison saiu vitorioso. De fato, a Constituição americana se mostrou tão imutável quanto Madison poderia esperar que fosse, permanecendo essencialmente a mesma mais de duzentos anos após sua promulgação. Seguindo os desejos de Madison, as emendas constitucionais foram e permaneceram raras e difíceis, e as mudanças constitucionais efetivas e relevantes podem ser isoladas em alguns poucos momentos extraordinários.

No entanto, aquilo que Sunstein chama de vingança de Jefferson é um fenômeno inegável no contexto da jurisdição constitucional americana. As interpretações e reinterpretações do texto originalmente proposto pelos pais fundadores, após mais de duzentos anos de história constitucional, claramente não apenas se voltaram contra os ideais defendidos em meados do século XIX, mas contra elas próprias, reconstruindo repetidas vezes o texto constitucional através das novas gerações – exatamente como Jefferson esperava que ocorresse.

⁶⁰ “great and extraordinary occasions” (MADISON apud SUNSTEIN, *The Federalist Papers*, nº 49). De certa forma ambas as opções são verdadeiras. A confiança de Madison no trabalho realizado pelos constituintes norte-americanos é clara quando defende que a Constituição foi criada em período singular extremamente favorável, e que portanto os pais fundadores e seus contemporâneos estavam em uma posição única para criar uma carta constitucional capaz de perdurar de forma satisfatória. Por outro lado, decisões advindas do apelo popular, carregando o propósito de alterar preceitos constitucionais, nascem, segundo o Autor, da paixão do povo, e a paixão não deve ser capaz de alterar o que foi criado racionalmente. Madison insiste que “(...) the greatest objection of all is that the decisions which would probably result from such appeals would not answer the purpose of maintaining the constitutional equilibrium of the government” (MADISON, James, *The Federalist Papers*, nº 49).

Assim, os momentos constitucionais – para usar a expressão de Bruce Ackerman⁶¹ – experimentados ao longo da história constitucional norte-americana, como o New Deal e a revolução pelos direitos civis, moldaram e seguem moldando uma nova Constituição, notadamente diferente daquela criada pelos constituintes, ainda que tenha textualmente a Constituição tenha permanecido essencialmente a mesma desde sua criação⁶².

A correlação entre a interpretação e a mutabilidade da constituição é o elemento essencial que pauta a doutrina norte-americana hoje. As teorias interpretativas que buscam justificar a atuação do judiciário no exercício do controle de constitucionalidade retiram das mais variadas fontes elementos racionalizadores de uma maior ou menor necessidade de intervenção judicial no natural desenvolvimento social, de modo a manter a Constituição condizente com as constantes mudanças geracionais.

Tal elemento racional que os juristas procuram alcançar, com o intuito de sanar as dúvidas, cada vez mais frequentes, acerca da atuação do poder judiciário no sistema constitucional democrático, é o foco do intenso debate acerca da interpretação constitucional que vem se desenvolvendo no contexto norte-americano, cujo conhecimento se mostra essencial à tentativa de justificar o papel exercido pelo judiciário no fenômeno da mutação constitucional.

2. Conceitos essenciais acerca da interpretação constitucional

Antes que se possa realizar a efetiva análise do desenvolvimento jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana ao longo do último século, é necessária a fixação de alguns conceitos doutrinários acerca da interpretação constitucional. Isso porque tal análise somente se mostrará completa mediante o estudo concomitante do contexto histórico, político e social em que se deu o citado desenvolvimento e de seus reflexos na esfera jurídica e doutrinária.

A doutrina se utiliza de linguagem própria, criando conceitos capazes de sistematizar os complexos comportamentos jurídicos e políticos envolvidos no exercício do controle de

⁶¹ Ver ACKERMAN, Bruce. *We the People: foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

⁶² A força dos momentos constitucionais, dos superprecedentes e a presença do fenômeno da mutação constitucional no sistema constitucional norte-americano se mostra especialmente clara ao longo do século XX, em que todas as grandes mudanças constitucionais, políticas e sociais ocorreram sem qualquer apoio de mudanças de cunho textual na Constituição, e as poucas emendas constitucionais editadas no período em nada se relacionaram a tais mudanças, tratando, de outra forma, de questões em sua maior parte procedimentais e de menor importância no cenário constitucional.

constitucionalidade. Tais conceitos serão frequentemente referenciados, portanto, ao longo de uma análise que se propõe a revelar a evolução jurisprudencial da Suprema Corte em um período marcado por intensa controvérsia na esfera da política e também na doutrinária.

O debate acerca da interpretação constitucional hoje pode ser desenvolvido em dois planos distintos, os quais devem ser entendidos separadamente para que melhor se possa compreender os pontos em que se tocam transversalmente, no âmbito dos complexos posicionamentos doutrinários existentes quanto ao tema.

Por um lado, sob o plano teórico, a interpretação constitucional busca justificar racionalmente as decisões propostas no exercício do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, procura-se determinar o papel do intérprete, e por consequência do próprio poder judiciário no âmbito do sistema jurídico, e em especial no âmbito do controle judicial de constitucionalidade.

Nesse contexto, criou-se na doutrina uma dicotomia entre a corrente interpretativista e a corrente não-interpretativista. Possivelmente o critério majoritariamente aceito na diferenciação entre as duas correntes é aquele utilizado por John Hart Ely; o autor conceitua o interpretativismo como a posição que determina que a invalidação de decisões políticas (e, portanto, de viés democrático) só poderá realizar-se a partir de premissa delineada na Constituição em si⁶³, enquanto o não-interpretativismo seria o posicionamento contrário, que defende que as cortes, no exercício do controle de constitucionalidade, devem ir além das premissas estabelecidas na Constituição para determinar o significado de determinada provisão.

O segundo plano de análise da interpretação é de cunho político, e procura lidar com a antiga tensão existente entre constitucionalismo e democracia enquanto perspectivas consolidadas, e até certo ponto antagônicas, do moderno Estado de Direito; a forçada convivência entre o domínio da maioria e a proteção das minorias gera pontos de tensão que ameaçam o frágil equilíbrio existente na separação de poderes, a começar pela possibilidade de o judiciário suprir lacunas deixadas pelo não exercício de poderes pertencentes ao executivo e ao legislativo, e até mesmo de invalidar atos desses poderes; ou ainda, de tomar para si a prerrogativa de adaptar o

⁶³ Segundo Ely: “What distinguishes interpretivism from its opposite is its insistence that the work of political branches is to be invalidated only in accord with an inference whose starting point, whose underlying premise, is fairly discoverable in the constitution.” (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 03).

sistema jurídico a novas demandas sociais antes mesmo que os demais poderes tenham a oportunidade de exercer tais prerrogativas, que lhes forma constitucionalmente conferidas.

Atos de desequilíbrio por parte do judiciário podem tomar diversas formas, todas intimamente ligadas ao instituto da interpretação constitucional. Aquilo que vem sendo chamado de construtivismo, especialmente o de cunho não-interpretativo, terá o condão de conferir alcance maior ou menor a dispositivos normativos sem a aquiescência do legislador, por vezes para suprir lacunas que impedem o exercício de direitos, outras simplesmente para subverter a intenção original dos autores do texto normativo, de modo a adapta-lo a novas conformações sociais.

Assim, no plano político de análise da interpretação constitucional há que se falar em duas correntes diametralmente opostas: o ativismo judicial e a autocontenção judicial ou *self-restraint*.

O ativismo judicial engloba todas as condutas construtivas supramencionadas – está pautado pela intensificação do papel judicial na concretização de direitos fundamentais – além de outras mais diretamente ligadas à atuação executiva, como decisões que afetam o controle de políticas públicas.

Por outro lado a chamada autocontenção judicial está pautada na observância estrita ao princípio da separação dos poderes, de forma a limitar a atuação do judiciário no processo de concretização de direitos. Na doutrina constitucional moderna, destaca-se nesse sentido o minimalismo judicial proposto por Cass Sunstein, o qual representaria a tentativa da Corte Constitucional de não ir além do que o seu conhecimento natural lhe permite, invadindo a seara de outros poderes ou de outras esferas sociais. Sunstein afirma que tal tentativa está relacionada à promoção dos ideais de participação democrática, deliberação e receptividade⁶⁴.

No entanto, a proposta minimalista não se confunde com o *self-restraint*, como Sunstein se preocupa em explicar:

Judicial minimalism can be characterized as a form of “judicial restraint”, but is certainly not an ordinary form. Minimalist judges are entirely willing to invalidate some laws. They reject “restraint” as a general creed, because it is excessively general. (...) Minimalists are protective of their own precedents and cautious about imposing their own views on the rest of society.⁶⁵

⁶⁴ “(...) it attempts to promote the democratic ideals of participation, deliberation and responsiveness.” (SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, pp. x).

⁶⁵ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, pp. x.

Muito embora Sunstein se preocupe em caracterizar o minimalismo como espécie do gênero autocontenção judicial, as características que fundamentam sua teoria são idênticas àquelas que o permeiam. Não é estranho, no entanto, o entendimento do autor de que a autocontenção é muito generalista; de fato, ela é. Tão generalista que no âmbito das teorias constitucionais de interpretação não se pode dizer que a autocontenção exista de forma pura, mesmo porque o juiz não age de forma restritiva apenas por agir.

A autocontenção, assim como seu antagonista ativismo judicial, representa uma consequência de determinada justificação jurídica de interpretação. Ely já construíra a relação entre os dois planos de análise da interpretação ao afirmar que “*‘activism’ and ‘self-restraint’ are categories that cut across interpretivism and noninterpretivism, virtually at right angles.*”⁶⁶.

Assim, a compreensão das diversas teorias interpretativas existentes no debate acerca da interpretação constitucional perpassa a percepção do ponto em que os planos jurídico e político se encontram em cada uma delas.

A combinação entre as correntes do plano jurídico e as do plano político no âmbito da interpretação constitucional gera quatro pontos de encontro sob os quais podem ser classificadas as teorias interpretativas hoje em debate na esfera jurídica.

Primeiramente, sob o ponto de vista do interpretativismo, duas vertentes podem ser identificadas: o interpretativismo estrito, o qual combina uma postura interpretativista a uma postura de autocontenção, e o interpretativismo moderado, em que o interpretativismo é aplicado sob uma perspectiva ativista.

A mais famosa teoria classificada como interpretativista estrita é o originalismo, cujo principal expoente é o *Justice* da Suprema Corte Antonin Scalia. Os originalistas defendem que o único elemento legítimo para basear a interpretação constitucional é o significado original (*original intent*) das provisões constitucionais, aquele que os constituintes esperavam que fosse conferido ao texto que redigiram; eles acreditam que essa limitação é necessária para assegurar a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade, uma vez que, se a interpretação realizada pela Corte se mantiver fiel ao significado original da Constituição, ela terá agido com base na legitimidade popular conferida ao processo constituinte. Daí porque o originalismo prega a autocontenção judicial, de forma a limitar a atuação do judiciário em uma conduta aceitável sob a perspectiva democrática.

⁶⁶ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 01.

O interpretativismo moderado, por sua vez, engloba uma teoria que vem sido chamada nos Estados Unidos de originalismo moderado, defendida proeminentemente por Jack Balkin. O interpretativismo moderado combina a observância ao texto e aos seus princípios inerentes e a possibilidade de agir construtivamente a partir da abertura deixada pela linguagem aberta do texto constitucional e, principalmente, da generalidade dos princípios. Assim, o interpretativismo moderado adota uma postura ativista, sob a crença de que os constituintes intencionalmente deixaram espaços abertos no texto constitucional, que deveriam ser preenchidos através da interpretação construtiva.

Já sob a perspectiva do não-interpretativismo, dois outros posicionamentos fundamentais podem ser apontados. Essencialmente, o não-interpretativismo moderado baseia-se em uma diferenciação entre os preceitos claros ou procedimentais e os preceitos abertos ou substantivos da Constituição. Segundo a teoria não-interpretativista moderada, o judiciário somente poderá declarar a inconstitucionalidade de provisões claras, enquanto as cláusulas “vagas” ou substantivas não poderão ser objeto do controle judicial de constitucionalidade, por faltar às cortes a legitimidade democrática para tanto. Desse modo, a teoria preza pela autocontenção, na medida em que limita notavelmente a atuação do judiciário em nome da legitimidade democrática. O não-interpretativismo moderado foi dominante no comportamento da Suprema Corte americana por quase duas décadas na primeira metade do século, e a partir da década de 1970 passou a ser defendido por John Hart Ely em sua teoria adjetiva dos valores.

Por fim, o não-interpretativismo estrito dispõe que todas as provisões constitucionais, inclusive as cláusulas abertas ou vagas, devem ser interpretadas pelo poder judiciário, e para tanto utiliza-se de critérios que não provêm da própria Constituição. Tal conceito genérico abriga teorias radicalmente diferentes, sendo uma das principais a chamada teoria substantiva dos valores, justificadora do período de atuação mais ativista da Suprema Corte, compreendido pelas Cortes Warren e Burger. Talvez o mais influente defensor da teoria substantiva dos valores seja Ronald Dworkin, adepto de uma leitura moral da Constituição. Nas últimas décadas, ganhou espaço na doutrina norte-americana também uma perspectiva evolutiva, a chamada doutrina da *living constitution*, defendida originalmente por David Strauss. Por basear-se na premissa de que a Corte deve interpretar a Constituição a partir de elementos exógenos, o não-interpretativismo estrito perpassa os questionamentos acerca da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade, e defende uma postura ativista por parte do judiciário.

As perspectivas teóricas apresentadas acerca da interpretação constitucional vêm sido debatidas acirradamente ao longo do último século; de fato, o século XX foi o palco em que definitivamente desenvolveu-se a interpretação constitucional, no qual o instituto assumiu a posição de protagonismo que hoje exerce na doutrina norte-americana. Tal fenômeno concentrou-se notavelmente na segunda metade da história constitucional americana devido a uma série de fatores exógenos ao sistema jurídico, e ligados mais diretamente à esfera política, a qual, conforme demonstra a análise histórica, se mostra indissociável ao direito.

Assim, a análise histórica do desenvolvimento constitucional norte-americano ao longo do último século revela-se essencial à compreensão do debate acerca da interpretação constitucional; antes que as principais teorias interpretativas possam ser analisadas, é preciso apreender o contexto político, social e jurídico em que se desenvolveram.

3. As diferentes Supremas Cortes norte-americanas ao longo do século XX

3.1. Quanto à delimitação temporal da análise

Bruce Ackerman realizou um alarmante diagnóstico acerca do sistema constitucional americano em 2007, observando que, muito embora discussões essenciais política, jurídica e socialmente tenham se desenvolvido plenamente ao longo dos últimos setenta e cinco anos, nenhuma mudança à Constituição escrita foi realizada ou mesmo seriamente cogitada – e ainda, segundo Ackerman, ninguém espera que isso aconteça.

Ackerman frisa que a evolução da dinâmica constitucional americana veio a tornar o instituto das emendas cada vez mais raro: “*A funny thing happened to Americans on the way to the twenty-first century. We have lost our ability to write down our new constitutional commitments in the old fashioned way. This is no small problem for a country that imagines itself living under a written Constitution.*”⁶⁷

Algumas características do próprio procedimento para emendar a Constituição foram essenciais para a delineação do quadro apresentado por Ackerman, combinados com a natureza da política americana e o desenvolvimento histórico que resultou de tal combinação de fatores, levando ao eventual engessamento do procedimento das emendas.

⁶⁷ ACKERMAN, Bruce. *The living Constitution*. Harvard Law Review, 2007, vol. 120, pp. 1741.

As emendas à constituição americana necessitam de impressionantes três quartos dos estados a favor da aprovação para aderirem ao texto constitucional. Tal aprovação não é a proferida pelos representantes do Congresso Nacional, mas por entidades de cada estado. No contexto atual, isso significa que 38 estados precisam aprovar o texto de uma emenda constitucional para que a mesma entre em vigor. Em um país de política complexa, mas de natureza binária, e relativamente equilibrada em sua divisão entre os 50 estados da federação, a conformação se torna complicada.

Nas eleições presidenciais de 2008, vinte e oito estados elegeram o presidente democrata Barack Obama, contra vinte e dois estados republicanos vencidos; na eleição anterior, em 2004, nove estados que elegeram Obama em 2008 estavam do lado republicano, o que significa que haviam trinta e um republicanos contra dezenove democratas, tendo tal ‘virada’ eleitoral sido a mais significativa da história americana⁶⁸.

É fácil perceber porque as forças políticas dificilmente permitiram que se atingisse a marca de trinta e oito estados exigida pela Constituição. Quanto ao processo de aprovação das Emendas, Ackerman esclarece as circunstâncias que marcaram a escolha de um procedimento estatal:

After two centuries of development, America's political identity is at war with the system of constitutional revision left by the Framers. We understand ourselves today as Americans first and Californians second. But the amendment system was written for a people who thought of themselves primarily as New Yorkers or Georgians. We have become a nation-centered people with a state-centered system of formal amendment. This disjunction between state-centered form and nation-centered substance serves as a dynamic force behind the living Constitution. Although Americans may worship the text, they have not allowed it to stand in the way of their rising national consciousness. Since the Civil War, they have given decisive and self-conscious support to national politicians and their judicial appointees as they have repeatedly adapted state centered institutions, and constitutional texts, to express national purposes.⁶⁹

Desse modo, Ackerman demonstra que os Estados Unidos caíram em verdadeira armadilha em sua própria Constituição; à época da promulgação, quando a União era formada por treze estados, não parecia irrazoável a exigência de três quartos de aprovação. Pelo contrário, o art. V da Constituição americana mostrava-se condizente com os ideais defendidos por Madison,

⁶⁸ Dados constantes em United States House of Representatives, <http://www.house.gov>.

⁶⁹ ACKERMAN, Bruce. *The living Constitution*. Harvard Law Review, 2007, vol. 120, pp. 1743.

e por boa parte dos demais pais fundadores, de que mudanças no texto constitucional deveriam ser raras e difíceis.

No entanto, mais de duzentos anos depois o número de estados da federação mais do que triplicou, e a política desenvolveu-se de tal forma que se mostra cada vez mais difícil atingir o quórum exigido constitucionalmente – quórum esse que somente poderia ser alterado por meio de emenda constitucional.

O complexo dilema político que levou ao gradual engessamento do procedimento de emenda à Constituição americana começou a se concretizar ainda no século XIX. A abolição da escravidão foi o grande tema político que movimentou o período nos Estados Unidos; após a guerra civil, as chamadas Emendas de Reconstrução foram essenciais à reestruturação política e social no país, e fortaleceram notavelmente a União americana.

A décima terceira emenda, aprovada em 1865, foi a primeira emenda de reconstrução, e efetivou o fim da guerra civil abolindo a escravidão nos Estados Unidos após longas disputas políticas. A décima quarta emenda, aprovada em 1868, concedeu cidadania a todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos – inclusive os negros – trazendo ainda as cláusulas de “igual proteção”, “devido processo” e “privilégios e imunidades” as quais teriam imensa importância na construção de uma rede de proteção dos direitos individuais e minoritários; a noção de que a décima quarta emenda foi criada, no contexto da Reconstrução, para proteger os direitos e garantias dos negros recém-libertos será essencial, ao longo do século XX, em sua aplicação.

Por fim a décima quinta emenda, ratificada em 1870, proibia que os estados descriminassem eleitores em razão de raça, cor ou prévia condição de servidão, efetivamente concedendo o direito de voto aos negros⁷⁰.

Apesar dos notáveis avanços trazidos pelas Emendas de Reconstrução, é notório o diagnóstico histórico de que não foram suficientes para efetivar os preceitos de igualdade racial sonhados pelos abolicionistas. Primeiramente, porque o próprio processo de ratificação foi consideravelmente caótico, e cercado de todo tipo de pressão política que o executivo foi capaz de exercer sobre os parlamentares para obter a aprovação das emendas.

⁷⁰ Dados oficiais acerca das Emendas de Reconstrução constantes em <http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/CivilWarAmendments.htm>.

Ackerman destaca especialmente o processo de ratificação da décima quarta emenda, no qual os estados sulistas reencontraram sua união para recusar os votos necessários ao quórum de três quartos dos estados para a aprovação. O Congresso retaliou com o uso da força, usando argumentos de proteção ao princípio republicano para desconstruir governos estabelecidos nos estados do sul, e reconstituí-los aos seus interesses; e ainda, manter a reintegração dos estados reconstituídos pendente de sua ratificação ao texto da décima quarta emenda.

Por toda a evolução do quadro político durante os cinco anos que separam o fim da Guerra Civil e a aprovação da décima terceira emenda pelo Congresso, em 1865, e a ratificação da décima quinta emenda, em 1870, Ackerman faz referência a um triunfo formal: as principais conquistas constitucionais resultantes da Guerra Civil foram traduzidas em emendas constitucionais formais, mas o processo de aprovação e ratificação das emendas certamente não contribuiu para solidificar os argumentos de legitimidade democrática geralmente associados ao processo formal de revisão constitucional. Longe de fortalecer a democracia, a inclusão das Emendas de Reconstrução ao texto constitucional se muito reforçou o peso político do novo executivo federal, e as mudanças constitucionais trazidas por elas, ainda que devidamente positivadas e ratificadas, por muito tempo encontraram resistência e dificuldade de aplicação:

For the first time in American history, the Framers of the Fourteenth Amendment declared forthrightly that national citizenship was primary and state citizenship was secondary. With these words, the Republicans aimed to transform the Federalists' state-centered federation into a nation centered federation. But this revolution, it turned out, was merely a paper triumph: it would take a very long time before it would become a functioning part of the living Constitution. For starters, the Republican Congress during Reconstruction failed to confront, let alone resolve, the full institutional implications of its paper assertion of the primacy of American citizenship. It was content to stretch the state-centered Constitution of the Founders beyond its breaking point to achieve the Republicans' short-term ends, without creating adequate nation-centered structures for future constitutional development.⁷¹

⁷¹ ACKERMAN, Bruce. *The living Constitution*. Harvard Law Review, vol. 120, 2007, pp. 1.746-1.747. Não apenas as inovações no sistema político trazidas pela décima quarta emenda, conforme citado por Ackerman, encontraram resistência. Embora a escravidão tenha sido gradualmente exterminada em decorrência da proibição expressa na décima terceira emenda, o racismo e a segregação continuaram a ser aplicados indiscriminadamente nos Estados Unidos. Quase um século seria necessário para que a segregação fosse seriamente questionada, após um longo período de aplicação da doutrina do *equal but separated*, e mais tempo ainda se passou antes que um esforço proativo do governo federal fosse empreendido na reintegração social dos negros, com a implantação de ações afirmativas e o fortalecimento de associações de direitos civis. Do mesmo modo, a proibição expressa na décima quinta emenda pouco significou em termos de aproximação do sufrágio universal. Os governos dos estados se utilizaram das brechas interpretativas disponíveis para criar outros impedimentos para o voto, como a faixa mínima de renda, o desemprego e o analfabetismo, que de forma velada mas eficiente mantiveram os negros longe das urnas.

A ênfase conferida por Ackerman ao fracasso em curto prazo das Emendas de Reconstrução é fundamental em sua classificação do processo como um momento de crise na história constitucional. O autor defende recorrentemente que as instituições políticas norte-americanas implementaram mudanças constitucionais dramáticas sem apelar para o processo formal de emenda à Constituição porque tiveram a *necessidade* de fazê-lo. Para tanto, aponta para grandes momentos de crise ao longo da história constitucional, e afirma que tais crises não apenas não poderiam ter sido sanadas pelo processo formal de emenda, mas teriam sido verdadeiramente impedidos por ele.

Se as emendas de reconstrução, segundo o autor, tentariam consagrar a profunda mudança de identidade que vinha se operando no país, gradativamente transformando-o em uma União centralizada e não mais em um governo único de vários estados, o processo formal de emenda à Constituição, de natureza notadamente descentralizada, parecia colidir frontalmente com o momento constitucional vivido.

Assim, enquanto o processo formal de emenda contido no artigo 5 da Constituição americana continha uma visão da comunidade política em que os principais atores constitucionais seriam as câmaras legislativas estatais, a Reconstrução criara uma nova nação, centrada da União e não mais nos estados, a qual viria a requerer um processo de revisão constitucional também central.

Esse novo processo de revisão viria a ser concretizado, ao longo do século XX, não por uma mudança formal no artigo V (a qual, segundo Ackerman, parece cada vez mais difícil de se alcançar), mas pela gradual substituição do processo formal de revisão constitucional pelo processo informal da interpretação constitucional. A análise desse processo informal de revisão constitucional, o qual possibilitou as principais e mais notáveis evoluções constitucionais experimentadas pelos Estados Unidos no último século, será o foco da análise a seguir.

3.2. A Era *Lochner* (1890-1937)

O primeiro período em que se pode delinear um comportamento direcionado da Suprema Corte norte-americana iniciou-se ainda na última década do século XIX, e foi marcado por uma forte influência do liberalismo econômico. Os Estados Unidos adotaram em larga escala a teoria econômica de Adam Smith ao longo do século XIX, tendo sido a maior economia liberal do

mundo. A prosperidade e o notável crescimento econômico experimentados pelo país naquele período, principalmente com a decadência do domínio inglês, criou uma crença cada vez maior nos princípios pregados pelo liberalismo como fórmula para a prosperidade econômica.

Por outro lado ao fim do século XIX novas bandeiras políticas surgiam a nível mundial, influenciando o contexto americano. O comunismo já ganhava força na Europa, e com ele destacavam-se os ideais de defesa dos direitos dos trabalhadores. A bandeira trabalhista também começava a ser agitada nos Estados Unidos⁷², e foi justamente a colisão entre os clamores por um Estado Social capaz de estabelecer uma legislação trabalhista forte e a crença no Estado Liberal não-intervencionista que gerou os maiores conflitos na esfera jurídica no período, e forçou a Suprema Corte a adotar um posicionamento.

A opção da Corte pela defesa do liberalismo econômico foi radical, e lhe rendeu o título de Tribunal do *Laissez-Faire*; no período, a Suprema Corte se utilizou da cláusula do “devido processo” – contida na quinta e décima quarta emendas – para proteger os direitos de propriedade e pregar a não intervenção estatal em detrimento dos direitos sociais, criando uma doutrina que ficaria conhecida como devido processo substantivo econômico (*substantive economic due process*).

A primeira aplicação da doutrina do devido processo econômico ocorreu no caso *Chicago Milwaukee and Saint Paul Railroad vs. Minnesota*, julgado em 1890. O caso inaugurou a chamada Era Lochner, e determinou pela primeira vez, ainda que implicitamente, uma das mais fundamentais e controversas questões de interpretação constitucional: a de que a defesa do “devido processo legal” exigia não apenas a atenção do legislativo na criação de procedimentos justos para a supressão de direitos, mas também o controle judicial da constitucionalidade de leis e procedimentos administrativos que não seguissem fielmente o preceito constitucional do devido processo.

Em 1877, a Suprema Corte já havia decidido, por ocasião do julgamento do caso *Munn vs. Illinois*, que o controle governamental de taxas aplicáveis às estradas de ferro não estava sujeito a exame pelo judiciário, declarando assim constitucional a legislação que estabelecia tais

⁷² Sobre o movimento trabalhista no período, Mark Tushnet observa que “The industrial revolution arrived in force in the United States after the Civil War. One effect was dislocation caused by periodic economic booms and busts. Another was the growth of labor unions. Workers used their unions both to attempt to bargain collectively with employers, and to get legislatures to enact ‘protective’ labor laws – statutes regulating workplace conditions and setting maximum hours and minimum wages for work.” (TUSHNET, Mark. *I Dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008, pp. 81).

taxas. Em *Chicago Milwaukee and Saint Paul Railroad*, a Corte inverteu seu posicionamento anterior para declarar a inconstitucionalidade da legislação estadual que determinava o valor das taxas a serem pagas pelas estradas de ferro no Minnesota, analisando subjetivamente a razoabilidade dos valores fixados no caso concreto. O precedente foi o primeiro de uma longa série de decisões da Suprema Corte que buscaram diminuir o controle do Estado sob questões econômicas⁷³.

O julgamento de *Allgeyer vs. Louisiana*, em 1897, avançou a posição liberalista da Corte em uma nova vertente ao estabelecer pela primeira vez a doutrina da liberdade de contrato (*liberty of contract doctrine*). O governo da Louisiana positivara uma série de critérios para que empresas e estabelecimentos comerciais pudessem funcionar sob sua jurisdição, segundo os quais, entre outros, era ilegal que empresas em funcionamento no estado estabelecessem contratos de seguro com empresas que operavam fora do estado. A empresa Allgeyer Co. foi processada por celebrar um contrato de seguro com uma empresa que operava em Nova York, e levou a questão ao conhecimento da Suprema Corte.

A Suprema Corte determinou a inconstitucionalidade da lei da Louisiana ao interpretar que a cláusula do devido processo da décima quarta emenda assegurava o direito de quaisquer cidadãos de celebrar contratos, desde que legais, e que tal direito não poderia ser restringido por legislação estadual. O efeito da decisão na esfera econômica foi notável na medida em que estabeleceu a regra da liberdade contratual como escudo contra qualquer tipo de restrição estatal nesse sentido⁷⁴.

Porém somente em 1905 seria julgado o caso paradigmático do período, que emprestou seu nome a toda uma era da história constitucional. Em *Lochner vs. New York* a Suprema Corte invalidou uma lei estadual de Nova York que limitava as horas de trabalho em padarias a dez horas diárias ou sessenta horas semanais. A legislação em questão fora aprovada em 1895, após uma longa batalha envolvendo sindicatos e patrões, e vencidos com base em argumentos acerca dos riscos à saúde dos trabalhadores⁷⁵.

⁷³ Ver SIEGEL, Stephen A. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 59.

⁷⁴ Ver BENEDICT, Michael Les. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 11.

⁷⁵ Sobre a questão, frisa Paul Kens que: “At the turn of the century it was not uncommon for journeymen bakers to work more than one hundred hours per week. In cities, bakeries were usually located in the cellar of a tenement house. The combination of long hours exposed to flour dust, plus the dampness and extremes of hot and cold in

A questão foi trazida ao conhecimento da Suprema Corte por Joseph Lochner, dono de uma pequena padaria em Utica, Nova York. Por ser um pequeno produtor, Lochner operava com uma estreita margem de lucro e possuía menos de cinco empregados, tendo seu negócio sido extremamente prejudicado pelas leis que limitavam as horas de trabalho diárias de seus empregados. Após ser multado em flagrante descumprimento da lei estadual, Lochner apelou para o judiciário, eventualmente alcançando a Suprema Corte.

Ele atacou a constitucionalidade da lei estadual nova-iorquina, alegando que violava a cláusula do devido processo da décima quarta emenda ao limitar a liberdade de contrato entre empregado e empregador. O argumento que levava à aprovação da lei, de que as longas horas de trabalho colocavam em risco a saúde dos trabalhadores, foi afastado pela Suprema Corte, que aduziu que o ofício dos padeiros jamais havia sido considerado perigoso ou nocivo a saúde, e que o estado não conseguira produzir provas nesse sentido.

Lochner foi um choque no contexto em que se inseriu não apenas porque levou a defesa do liberalismo econômico pela Suprema Corte a um novo nível, mas porque estendeu a prática do ativismo judicial a um limite que gerou incômodo político. O chamado *Bakershop Act* havia sido uma conquista para os sindicatos, e o resultado de longas negociações com o governo do estado; no fim, havia sido aprovado unanimemente por cento e dezenove representantes eleitos do povo. A decisão por cinco a quatro a favor da inconstitucionalidade, fundamentada na doutrina da liberdade de contrato que havia sido anteriormente aplicada em situações radicalmente distintas, pareceu, mesmo aos seus contemporâneos, extremamente carente em termos de legitimidade⁷⁶.

Em pouco tempo *Lochner* se tornaria uma bandeira para os opositores da Suprema Corte, do liberalismo econômico e do ativismo judicial. Foi apontando para *Lochner* que Franklin Delano Roosevelt posteriormente acusaria o judiciário de usurpar os poderes legislativos e lideraria uma forte campanha pela limitação dos poderes judiciais. Entretanto, apesar do impacto causado pela decisão, a jurisprudência de cunho liberalista continuaria a dominar a Suprema Corte por mais três décadas, e somente em 1937 os efeitos negativos da decisão se voltariam contra a Suprema Corte de forma definitiva.

tenement cellars was thought to have an ill effect on workers' health." (KENS, Paul. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 189).

⁷⁶ Ver KENS, Paul in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 189-192.

3.3. Uma reação não-interpretativista (1937-1953)

Foi ainda durante a Era Lochner que, em 1933, Franklin Delano Roosevelt foi eleito presidente. Em pleno período da Grande Depressão, a grande bandeira eleitoral de Roosevelt foi a recuperação econômica, e suas promessas de campanha tomaram forma com o *New Deal*; a revolução liderada por Roosevelt anos mais tarde nasceu da resistência da Suprema Corte ao programa econômico.

Um novo mundo surgira nos Estados Unidos após a quebra da bolsa de Nova York em 1929, e ideais do liberalismo econômico caíram drasticamente na estima popular; os *justices* da Suprema Corte, porém, continuaram no período pós-crise a aplicar os princípios defendidos na Era Lochner e a invalidar as tentativas mais ousadas do governo em interferir na economia, em detrimento dos direitos trabalhistas e da recuperação econômica.

Durante o primeiro mandato de Roosevelt, a Corte diligentemente fez o possível para inviabilizar a implantação do *New Deal*, derrubando uma série de leis essenciais para o estabelecimento do programa⁷⁷. No entanto, após a esmagadora vitória em sua reeleição em 1936

⁷⁷ No período compreendido entre 1934 e 1936, a reação da Suprema Corte ao New Deal tomou forma rapidamente. Uma das mais notórias decisões do período foi proferida em *Schechter Poultry Corp. vs United States*, em 1935, quando a Corte declarou a inconstitucionalidade do *National Industrial Recovery Act*, o primeiro e principal instrumento idealizado pela administração de Roosevelt na implantação do *New Deal*. Entretanto, a legislação continha todos os erros típicos de tempos de emergência, e mesmo no curto período em que esteve em vigor claramente criou tantos problemas quanto resolveu. Sobre a edição e aprovação da lei, Charles Herman Pritchett observa que “The codes had some positive effect in raising wages, banning unfair practices, and encouraging business morale. But they were hastily drawn, favored big businesses, and encouraged cartels. The drafting of the codes was done by industry groups, and the role of the president was simply to sign them.” (PRITCHETT, Charles Herman in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 320). As críticas da Suprema Corte foram severas, e a lei foi rejeitada sobre uma série de argumentos insuperáveis, desde questionamentos acerca do regime de “emergência nacional” adotado em sua aprovação até a atribuição indevida de poderes ao presidente, e a decisão foi unânime na rejeição da lei. Alguns meses depois, em 1936, na decisão de *United States vs. Butler*, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do *Agricultural Adjustment Act*, cujo principal objetivo era aumentar o preço dos produtos agrícolas através da limitação da produção; os produtores que respeitassem o limite receberiam pagamentos do governo, e aqueles que não o respeitassem deveriam pagar impostos majorados. A opinião da Corte declarou que a regulação de produtos agrícolas pelo governo federal invadia a reserva de poder dos estados, e portanto era inválida sob a décima emenda. Também em 1936, na decisão proferida em *Carter vs. Carter Coal Co.*, a Suprema Corte enfrentou o cerne da controvérsia relativa ao *New Deal*, envolvendo a alocação apropriada de poder entre os estados e a União, uma vez que a premissa por trás do programa econômico de Roosevelt era justamente de que a *commerce clause* conferia ao governo federal amplos poderes para regular não apenas atividades comerciais mas agrícolas e laborais. O *Bituminous Coal Conservation Act* buscava regular a indústria do carvão, que enfrentava uma profunda crise de preços, cuja consequência era a redução endêmica dos salários dos trabalhadores. A lei estabelecia preços mínimos para o carvão, e estabelecia padrões de negociação para manter os salários em um piso aceitável. No entanto, todos os argumentos do governo a respeito da importância do carvão na economia não foram suficientes para convencer a Corte, que mais uma vez declarou que o Congresso invadira a esfera de atuação dos estados sob a décima emenda e a cláusula do

Roosevelt, munido de vasto apoio popular, desafiou abertamente a Corte, propondo o que ficou conhecido como o *Court Packing Plan*. O presidente sugeriu que deveria receber o poder de indicar um novo *Justice* para cada membro da Suprema Corte que ultrapassasse os setenta anos, de modo a auxiliar o trabalho dos demais. Em 1936, seis dos nove membros da Suprema Corte já contavam mais de setenta anos, o que permitiria a Roosevelt criar uma Corte de quinze membros e reestruturar integralmente o judiciário⁷⁸.

O *Court Packing Plan* não obteve sucesso, mas as pressões políticas que pairavam sobre a Corte foram suficientes para incentivar o fim da Era Lochner, efetivado em 1937 com o julgamento de *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*⁷⁹, em que a Suprema Corte por fim pôs freios ao posicionamento ativista de cunho liberalista econômico que dominara os últimos quarenta anos de sua atuação.

A partir de 1937, marcam os observadores, os liberais tomaram a Corte; teve início então uma reação liberal de natureza não-interpretativista moderada, construída a partir da necessidade da Corte de a um só tempo justificar sua auto-restrição em questões econômicas e seu ativismo no que se referia aos direitos humanos. Foi nesse período de transição que, em 1938, a Corte proferiu a decisão do caso *United States vs. Carolene Products Co.*.

Em pauta na Suprema Corte estava a constitucionalidade do *Filled Milk Act*, uma lei federal promulgada em março de 1923 que proibia o comércio interestadual de leite adicionado a qualquer gordura ou óleo que não sua gordura natural, banindo assim o comércio do *filled milk*, uma substância nutritiva que servia como substituto ao leite integral, produto bem mais caro. Carolene Products, uma das empresas produtoras do *filled milk*, trouxe à Corte uma questão de

comércio. (Ver MALESON, Diane C. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 55-56). Outras decisões invalidaram mais leis referentes à implantação do *New Deal*, como o *Railway Pension Act* e o *Municipal Bankruptcy Act*.

⁷⁸ Dados constantes em <http://www.supremecourt.gov/about/members.aspx>.

⁷⁹ *Parrish* foi uma virada jurisprudencial de cunho notavelmente político, tendo sido proferida menos de dois meses depois que Roosevelt anunciou o Court Packing Plan. A decisão inferiu, após mais de quatro décadas de jurisprudência obstinadamente liberalista, um posicionamento de auto-restrição judicial da Corte à regulação econômica pelo Estado, ao declarar a constitucionalidade de uma lei do estado de Washington que estabelecia um salário mínimo para mulheres. Contrariando a doutrina previamente estabelecida em *Allgeyer vs. Louisiana*, a Corte estabeleceu a necessidade de limites à doutrina da liberdade de contrato, inferindo que embora a Constituição protegesse primordialmente a liberdade de contrato, a regulação razoável no interesse da comunidade era não apenas permitida mas desejável. A opinião da Corte declarou ainda a necessidade de demonstrar deferência – de forma geral – ao julgamento do legislativo em termos de regulação econômica, ainda que em princípio houvessem questionamentos acerca da qualidade da legislação regulatória. A declaração consagrou definitivamente uma radical mudança de postura da Suprema Corte em termos de regulação econômica. (Ver: Dudziak, Mary L. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 377-378).

regulação econômica, questionando o poder do Congresso de impedir o comércio de alimentos entre os estados. A Suprema Corte, por larga maioria, declarou a constitucionalidade da lei federal em detrimento da liberdade de comércio, mais uma vez sinalizando a derrocada da jurisprudência dominante da Era Lochner em termos de regulação econômica⁸⁰.

Carolene seria apenas mais um caso exemplificando a virada jurisprudencial da Corte não fosse por uma célebre nota de rodapé adicionada ao texto da decisão. A nota de rodapé n. 04 referenciava uma passagem no texto em que o *Justice Stone*, autor da opinião da Corte, indicava que não se preocuparia em examinar se as regulações econômicas efetivamente protegiam a segurança e saúde públicas. Dizia a nota:

There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth...

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation.

Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious ... or national ... or racial minorities ...: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry⁸¹.

Os dois últimos parágrafos que compunham a nota de rodapé, os quais explicam brevemente como poderia se desenvolver o exame mais acurado de alguns dispositivos especialmente afrontosos à Constituição (citado no primeiro parágrafo), serviram de base para justificar o comportamento da Suprema Corte em todo o período que procedeu a Era Lochner, e que se estendeu até 1953, quando Earl Warren assumiu a presidência da Suprema Corte e iniciou uma nova revolução constitucional.

O segundo parágrafo faz referência a leis que restrinjam os processos políticos que ordinariamente espera-se que possam invalidar legislação indesejada, e sugere que tais leis deveriam receber um controle judicial mais estrito com base nas proibições da décima quarta

⁸⁰ Informações do LII [Legal Information Institute], disponíveis em http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0304_0144_ZO.html.

⁸¹ STONE apud ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 75-76.

emenda do que as demais. O terceiro parágrafo sugere que proteção similar deveria ser conferida às religiões, às minorias raciais e de forma geral às minorias “discretas e insulares”⁸².

As preocupações expressas nos dois últimos parágrafos da nota de rodapé n. 04 na opinião da Corte em *Carolene* são fundamentais na construção da teoria não-interpretativista moderada – hoje mais conhecida pela defesa articulada por John Hart Ely, quase quarenta anos após a decisão.

O cerne de tal teoria, que combina no plano teórico uma justificativa não-interpretativista e no plano político um posicionamento de auto-restrição por parte da Corte, é justamente a defesa do papel do controle judicial de constitucionalidade na defesa dos direitos de representatividade política, incluindo a manutenção adequada dos canais de representação e a defesa das minorias, em detrimento de uma atuação que privilegie a defesa de direitos substantivos.

A jurisprudência da nota de rodapé n. 04 moldou precedentes com um forte teor protetivo dos direitos da primeira emenda, em especial a liberdade de expressão, e um grande retrocesso na proteção da liberdade econômica em prol da regulação estatal. Tal configuração veio por consequência de uma série de fatores políticos e jurídicos. Se politicamente a reação não-interpretativista moderada da Corte no período esteve pautada na repercussão causada pela jurisprudência ativista da Era Lochner, e em especial em sua oposição ao popular programa econômico do *New Deal*, juridicamente as bases para uma teoria de auto-restrição judicial começaram a ser esboçadas ainda nos primórdios do século XX.

⁸² O conceito de minorias “discretas e insulares” é profundamente analisado por Jeremy Waldron na construção de sua tese em favor do controle legislativo de constitucionalidade. Na tentativa de desconstruir o mito da tirania da maioria, o autor observa que os conceitos de minoria e maioria divergem sob pontos de vista relativos à representatividade e à sociedade, concedendo, entretanto, que o verdadeiro problema do sistema democrático está nos pequenos grupos representados pelas minorias “discretas e insulares”, sobre as quais observa que “But if taken seriously, “discrete” and “insular” are useful adjectives, for they convey not just the idea of a minority that exists apart from political decisionmaking—in other words a topical minority—but also a minority whose members are isolated from the rest of the community in the sense that they do not share many interests with non- members that would enable them to build a series of coalitions to promote their interests.” (WALDRON, Jeremy. *The Core of The Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal. vol. 115, 2006, pp. 1404). Waldron admite que a situação dessas minorias discretas e insulares não pode ser resolvida no contexto do controle de constitucionalidade pelo legislativo. Para tanto, insere-as no que chama de *non-core cases*, um conceito que utiliza para apontar os casos em que uma de suas suposições falhou – e nos quais portanto o seu argumento a favor do controle de constitucionalidade legislativo não se sustenta, e acrescenta: “Minorities in this situation may need special care that only non-elective institutions can provide—special care to protect their rights and special care (as John Hart Ely points out) to repair the political system and facilitate their representation.” (WALDRON, Jeremy. *The Core of The Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal. vol. 115, 2006, pp. 1403). A preocupação da Suprema Corte norte-americana com a proteção de tais minorias é fundamental na construção das teorias não-interpretativas moderadas, as quais foram introduzidas na Suprema Corte por Justices como Felix Frankfurter e Harlan Stone – ditando o comportamento interpretativo por um longo período, marcado pela auto-restrição, que separou dois picos de sua jurisprudência ativista – e foram reacendidas posteriormente por John Hart Ely e sua teoria adjetiva dos direitos.

Em 1939, quando Felix Frankfurter ingressou na Suprema Corte por indicação do Presidente Roosevelt, ninguém poderia duvidar de sua inclinação teórica. Considerado por muitos o apóstolo do self-restraint, Frankfurter foi profundamente influenciado por juristas da geração anterior à sua, como Oliver Wendell Holmes e James Bradley Thayer. Thayer havia, ainda no final do século XIX, buscado racionalizar o self-restraint, e numa perspectiva de separação entre os poderes, formulou a chamada regra do erro claro (*rule of clear mistake*), segundo a qual ao judiciário somente caberia invalidar uma lei na qual o legislador houvesse cometido um erro tão claro que não houvesse discussão acerca de sua ilegalidade do ponto de vista racional⁸³.

Oliver Wendell Holmes foi *Justice* da Suprema Corte entre 1902 e 1932, servindo todo o seu termo durante a Era Lochner. Holmes foi um dos mais influentes juristas norte-americanos no século XX, e um seguidor da teoria de Thayer acerca da auto-restrição judicial.

Uma das mais famosas decisões proferidas por Holmes foi sua dissidência da opinião da Corte em *Lochner vs. New York*, na qual defendeu, aplicando a regra do erro claro, a prevalência da opinião popular dominante, afirmando que apoiaria qualquer lei que não infringisse princípios fundamentais⁸⁴; em *Lochner*, Holmes estabeleceu o que viria ser a sua postura pelas próximas três décadas acerca do devido processo substantivo econômico. Segundo ele:

I think that the word liberty in the Fourteenth Amendment is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe

⁸³ Ver THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. Harvard Law Review, vol. 7, 1893-1894, pp. 129 e ss. Alexander Bickel traça uma série de críticas à teoria de Thayer, mas reafirma a fundamental importância de sua doutrina pela influência que exerceu nas gerações seguintes de *justices* da Suprema Corte, inclusive Oliver Wendell Holmes e Felix Frankfurter. Sobre o conteúdo da teoria de Thayer, esclarece que: “The power of review, says Thayer, must be conceived of strictly “as a judicial one”, quite unlike, and distinct from, the functions of the political branches of government. (...) That meant for Thayer – and he attempted to prove that it had generally meant to the courts – that a statute could be struck down as unconstitutional only ‘when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, - so clear that is not open to rational question.’”. (BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press, 1986, pp. 35).

⁸⁴ Holmes inicia sua opinião estabelecendo que: “This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law. It is settled by various decisions of this court that state constitutions and state laws may regulate life in many ways which we as legislators might think as injudicious or if you like as tyrannical as this, and which equally with this interfere with the liberty of contract.” (HOLMES apud TUSHNET, Mark. *I Dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008, pp. 88.)

fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law.⁸⁵

Frankfurter, por sua vez, trouxe sua própria aplicação da auto-restrição à Corte, introduzindo em 1946, por ocasião do julgamento de *United States vs. Lovett*⁸⁶, a teoria das duas cláusulas, segundo a qual a Constituição é formada por dois tipos de dispositivos: as cláusulas fechadas, cujo significado é claro, e as cláusulas abertas, às quais se pode atribuir vários significados. Assim, numa perspectiva da auto-restrição judicial, afirmará que enquanto as cláusulas fechadas devem ser interpretadas segundo seu significado original – porque só possuem um significado possível, e esse significado deveria ser aferido por quem democraticamente é de direito, ou seja, o legislativo – as cláusulas abertas, por possuírem vários significados possíveis, não devem ter um único significado designado pelo judiciário, que não possui legitimidade para tanto.

Desse modo, Frankfurter liderou uma contrarrevolução auto-restritiva tendo como principal argumento a falta de legitimidade do poder judiciário na tomada de decisões políticas; entretanto, se por um lado na esfera econômica a recuperação se desenvolvia sem a necessidade de qualquer interferência judicial, e se concretizou integralmente após a Segunda Guerra Mundial, no âmbito social as pressões da Guerra Fria resultaram em uma série de ações governamentais abusivas aos direitos individuais, em especial à liberdade de expressão. Destarte, nas décadas que se seguiram, a Corte encontrou a voz de Frankfurter, abafada em *Lochner*, para

⁸⁵ HOLMES apud TUSHNET, Mark. *I Dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008, pp. 89.

⁸⁶ *United States vs. Lovett* foi julgado em 1946, ainda nos primórdios da Guerra Fria. Na oportunidade a Suprema Corte declarou a proibição de qualquer lei, do Congresso Nacional ou de legislativo estadual, que decretasse a punição de um indivíduo sem que esse fosse primeiro submetido a um julgamento. O processo se originou após a acusação de que três servidores federais, Lovett, Watson e Dodd, estariam realizando “atividades subversivas”. Após uma série de procedimentos internos, os três servidores tiveram seus pagamentos suspensos. Lovett, então, levou a questão ao judiciário. O Justice Frankfurter votou com a Corte no sentido da inconstitucionalidade da lei federal que impediu o pagamento de salários a Lovett, mas utilizou uma fundamentação distinta, aplicando ao art. I da Constituição uma interpretação originalista. Sobre a opinião de Frankfurter, James M. McGoldrick aponta que: “He believed that the clause had a narrow and explicit historical meaning, and could be recognized by several immutable characteristics: a specified offense for a specified individual, a declaration of the guilt of that individual, ex post facto application, and a clear degree of punishment. In Frankfurter’s view, if the legislature did not expressly condemn the individuals, then the courts could not find an intent to punish.” (MCGOLDRICK, James M.. *Limits on states: a reference guide to the United States Constitution*. Praeger Publishers, 2005, pp. 60). Ver também BAKER, Thomas E. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 195-196.

rejeitar inteiramente a inconstitucionalidade da intervenção estatal na economia, e somente se levantou para repudiar os atos mais explícitos de intimidação política, como ocorreu em *Lovett*⁸⁷.

Nesse contexto, restava configurado um panorama jurídico e político que favorecia a aplicação da teoria sugerida na nota de rodapé n. 04 de *Carolene*, e que dominou a jurisprudência da Suprema Corte no período pós-ativismo econômico.

3.4. A Corte Warren (1953-1969)

Em 1953, Earl Warren assumiu o cargo de *Chief Justice* e inaugurou uma nova era constitucional nos Estados Unidos, possivelmente a mais importante e sem sombra de dúvida a mais influente revolução na jurisprudência da Suprema Corte em mais de duzentos anos de história.

Passadas quase duas décadas desde a implantação do *New Deal*, os acirrados ânimos que encerraram a Era Lochner haviam se acalmado; a Suprema Corte contornara a animosidade gerada à época da propositura do *Court Packing Plan*, adotando uma postura de auto-restrição que silenciara os clamores contra sua atuação e trabalhara eventualmente em prol da ampliação da liberdade de expressão e dos direitos políticos, deixando de lado questões controversas como a regulação econômica. No contexto de uma nova onda de prestígio e estabilidade, a Suprema Corte mais uma vez se voltaria ao campo dos direitos subjetivos, dessa vez impulsionada pela revolução dos direitos civis.

Assim, muito embora a jurisprudência da nota de rodapé n. 04 tenha permanecido uma forte influência da jurisprudência da Corte Warren, dois fatores determinantes marcaram a forte diferença entre a postura dessa Corte pós-1953 e o comportamento exibido nos dezesseis anos

⁸⁷ Em verdade, *Lovett* retomou uma tendência jurisprudencial que começou a ser construída ainda na Era Lochner, tratando primordialmente da liberdade de expressão, e que vem sido apontada como uma das primeiras influências posteriormente utilizadas na construção jurisprudencial das cortes ativistas, em especial a Corte Warren. Em 1925, no julgamento de *Gitlow vs. New York*, a Suprema Corte iniciou o processo de incorporação dos direitos contidos na primeira emenda como um limite para os estados. Em análise estava o pleito de Benjamin Gitlow, um membro do partido socialista, que foi condenado por violar uma lei nova-iorquina que tratava da anarquia criminosa, após disseminar um panfleto de sua autoria sobre o estabelecimento do socialismo como forma de governo, supostamente com tendências à violência popular. A Suprema Corte eventualmente manteve a condenação de Gitlow, mas em sua opinião declarou pela primeira vez que se poderia considerar o direito à liberdade de expressão, contido na primeira emenda, dentre os direitos e liberdades fundamentais protegidos pela cláusula do devido processo da décima quarta emenda, e portanto aplicáveis aos estados. (Ver MURPHY, Paul L. in in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 122-123.). Em 1931, a Corte voltaria a aplicar a teoria suscitada em *Gitlow* para invalidar uma lei estadual que violava a liberdade de expressão em *Stromberg vs. California*.

anteriores: a adição da visão substantiva do liberalismo, que levou à formação de precedentes que excediam os parâmetros criados pela Corte de proteção do processo político-democrático, e o abandono da auto-restrição em favor de um acentuado ativismo.

A primeira decisão influente proferida pela Corte Warren é também a mais célebre de sua história e um dos mais importantes precedentes de toda a história constitucional americana. Embora seja hoje classificada como uma jurisprudência em larga medida condizente os preceitos determinados na nota de rodapé n. 04 de *Carolene*, a primeira grande decisão proferida pela Corte Warren marcou uma nova postura da Corte sob o prisma político, sendo uma das grandes marcas do ativismo judicial norte-americano. Considerado o grande legado de Earl Warren, quando *Brown vs. Board of Education* foi discutido na Suprema Corte pela primeira vez, em 1952, Warren sequer integrava sua composição.

O pleito trazido em *Brown* era o resultado de uma longa campanha pelo fim da segregação, que caminhara tímida nos estados sulistas no final do século XIX e, ao receber o aval da Suprema Corte em 1896, por ocasião do julgamento de *Plessy vs. Ferguson*, se expandiu em nível nacional até se tornar uma política pública de alto nível de aplicação em todo país. A famosa associação civil NAACP (*Nacional Association for the Advancement of Colored People*), desde seu surgimento, ainda na década de trinta, advogava ferozmente pelo fim da segregação racial e em especial pela abolição do chamado regime *Jim Crow*, uma política estatal de segregação em áreas pública e nas escolas.

De fato, *Plessy* se mostrava o principal obstáculo no caminho dos planos da NAACP para eliminar a segregação. Afinal, fossem diferentes as circunstâncias e retirado o agravante em *Brown* de tratar de escolas primárias, a Suprema Corte já analisara a questão da segregação racial e concedera um selo de constitucionalidade que em larga medida foi responsável por sua expansão⁸⁸.

⁸⁸ Em meados de 1880, o processo de Reconstrução iniciado após a Guerra Civil perdia força. Seu último suspiro tomou forma com o *Civil Rights Act* de 1875, uma lei federal que baniu a discriminação racial em áreas públicas e particulares de convivência comum, como hospedagens, hotéis, teatros e transportes públicos, inclusive o ferroviário. Porém, menos de um ano depois, a eleição do presidente democrata Rutherford B. Hayes sinalizou de forma definitiva o fim dos esforços pelo governo federal para proteger os negros da discriminação, quando o presidente ordenou a retirada das últimas tropas federais do sul. A constitucionalidade do *Civil Rights Act* seria questionada na Suprema Corte em 1883, nos chamados *Civil Rights Cases*, um agrupamento de cinco casos de flagrante discriminação ocorridos em hotéis e estalagens em Nova York e São Francisco. A Corte determinou que a décima quarta emenda somente proibía a violação pelos *estados* dos direitos individuais, que nada tinham a responder em relação aos atos discriminatórios privados realizados por hotéis e restaurantes, por exemplo. A discriminação nesses casos, disse a Corte, embora condenável, não poderia ser regulada pelo governo federal sob o argumento de regular a

Entretanto, a NAACP tinha bons motivos para ter esperança. A segregação que ganhou espaço para crescer em 1890 já não era vista com tanto conforto em 1950. O movimento civil pela igualdade racial nascera e crescia rapidamente, e a Suprema Corte já dera os primeiros sinais de uma mudança de entendimento. A educação se mostrara o caminho óbvio para eliminar definitivamente a segregação, sendo o ponto em que a igualdade da doutrina do *equal but separated* era defendida com maior dificuldade. Ainda em 1950, a Suprema Corte havia invalidado a segregação no ciclo básico das universidades (em *McLaurin vs. Oklahoma State Board of Regents*) e nas faculdades de direito (em *Sweatt vs. Painter*).

As vitórias no ensino superior eram significativas, porém insuficientes. Os negros eram imensa minoria nas universidades, e a verdadeira chaga da segregação atingia as escolas primárias. *Brown* chegou a Suprema Corte envolvendo as escolas de doze estados e do Distrito de Columbia, compreendendo milhões de crianças em idade escolar, para questionar a constitucionalidade da doutrina do *equal but separated* definitivamente.

aplicação da décima quarta emenda, pois a emenda não autorizava a supressão das atividades de particulares, e portanto o *Civil Rights Act* de 1875 era inconstitucional. (Ver COTTRILL, Robert J. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 63-64). Foi no contexto criado por essa decisão que o pleito de Plessy chegou à Suprema Corte em 1896. Duas décadas após cessarem as intervenções federais, o sul havia recaído aos velhos padrões, e a integração social dos negros libertos se tornava cada vez mais complexa. Leis institucionalizando a segregação começaram a se multiplicar, e não levaria muito tempo para que a questão fosse levada à Suprema Corte. Em 1890, a Louisiana aprovou uma lei, denominada *Separate Car Law*, que determinava que estradas de ferro providenciassem vagões “separados, mas iguais” para que brancos e negros viajassem separadamente. As companhias ferroviárias protestaram – uma vez que a exigência aumentaria os custos da viagem – mas a legislação entrou em vigor no mesmo ano, e pouco tempo depois foi formado por civis, em sua maioria negros, um comitê para testar a constitucionalidade da lei. Homer Plessy se voluntariou para realizar o teste em nome do comitê; embora fosse branco, um de seus bisavós havia sido negro, o que o tornava negro pelas leis da Louisiana. Ele comprou uma passagem apresentando seus documentos, que atestavam seu ‘status’ racial, e embarcou no vagão destinado aos brancos. Quando se recusou a se mudar para o vagão dos negros, Plessy foi preso e seu pleito eventualmente chegou à Suprema Corte. Em uma decisão de 7 a 1, a Suprema Corte determinou a constitucionalidade da lei da Louisiana, considerando que ela não feria os direitos civis de Plessy. No século XIX, o conceito de direitos civis abarcava primordialmente os direitos de propriedade e de contrato. Uma vez que a lei não impedia que os negros contratassem os serviços das ferroviárias, e porque tratava brancos e negros igualmente, ela era constitucional sob a décima quarta emenda. À época a decisão não levantou maiores paixões – a Louisiana fora um dos estados mais profundamente escravocratas dos Estados Unidos, e a concessão feita pela Corte à operação do transporte ferroviário estadual não parecia capaz de realizar danos maiores. Em termos de repercussão nacional, a decisão tomada nos *Civil Rights Cases* havia gerado muito mais comoção do que jamais se esperaria de *Plessy*. Entretanto, a decisão encorajou a disseminação da segregação legalmente determinada, inclusive a segregação escolar, que acabaria por se tornar a maior bandeira da luta negra por igualdade civil, e que posteriormente seria analisada em *Brown vs. Board of Education*. Sobre a decisão, Walter Pratt observa que: “The opinion is one of arresting contrasts: between its relative insignificance at the time and the symbolic importance it would attain during the next six decades, between the petty rationalization of the majority opinion and the abiding appeal of the dissent, and between the begrudging interpretation of the Civil War Amendments as applied to African Americans and the expansive interpretation of the same amendments as applied to claims of economic right.” (PRATT, Walter F. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 277-278.). Ver também TUSHNET, Mark. *I Dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008, pp. 69-80.

A primeira discussão, em 1952, restou inconclusiva porque a Suprema Corte se mostrava insegura a respeito do tema, mesmo após ter passado o caso pelo crivo do *certiorari*, e os *justices* desejavam atingir uma decisão mais ou menos unânime; o julgamento, então, foi postergado para 1953. O atraso acabou se mostrando providencial, pois no intervalo Earl Warren assumiu o cargo de *Chief Justice* e acabou proferindo a opinião da Corte no caso. Warren convenceu os demais a separar as discussões acerca do mérito e dos efeitos em momentos distintos. As opiniões, assim, ficaram conhecidas como *Brown I* e *Brown II*.

A opinião escrita por Warren em *Brown I*, e seguida pela Corte por unanimidade, foi surpreendente em vários sentidos. A decisão continha menos de dez páginas; juridicamente, a Corte sustentou ser impossível determinar se a cláusula de igual proteção da décima quarta emenda havia sido acrescentada à Constituição para proibir a segregação racial, e focou a discussão, de outro modo, na realidade social de 1953, preocupando-se primordialmente em demonstrar que a Suprema Corte já havia abandonado gradualmente a opinião expressa em *Plessy*, decidindo pela inconstitucionalidade da segregação no ensino superior como forma de reconhecimento de uma nova realidade social, em que o status social dos negros havia mudado radicalmente e a educação crescera em importância. Dennis Hutchinson nota, em análise da decisão, que *Brown I* evitou escrupulosamente questionar a doutrina *Jim Crow* como um todo, mas focou em seu elo mais fraco, a educação, e os prejuízos que a segregação trazia nessa esfera.

Por sua vez *Brown II*, discutida um ano depois, encontrou enormes dificuldades em determinar como aplicar *Brown I*. Enquanto as associações civis clamavam por uma aplicação imediata, os estados insistiam na impraticabilidade de determinar sequer prazos definidos. A tendência da Corte pendeu para os Estados, e não apenas não foi determinada a aplicação imediata da decisão, como não foram estabelecidos prazos, limitando-se a corte a determinar que os processos se iniciassem o mais breve possível.

Juridicamente, o efeito de Brown foi o estopim que eventualmente eliminou a segregação racial, como a NAACP esperava, embora possivelmente não no ritmo mais desejável. Após alguns anos evitando novas decisões envolvendo a segregação racial, a Corte retomou a discussão, invalidando-a em parques públicos, praias, campos de golfe e eventualmente transportes públicos, efetivamente subvertendo *Plessy*.

No entanto, na prática a falta de clareza e determinação em *Brown II* custaram caro à eficácia da decisão. Sobre os efeitos de Brown, Hutchinson observa que:

On one level, *Brown* was remarkably ineffectual. By 1964, a decade after the first decision, less than 2 percent of formerly segregated school districts had experienced any desegregation. As *Brown* was applied outside the original jurisdictions where segregation was imposed or permitted by law, local resistance became even more fierce and sustained.⁸⁹

A dificuldade na aplicação efetiva de *Brown* continuou a preocupar a Suprema Corte, até que, em 1968, nova decisão foi proferida em *Green vs. County School Board*. Questionando a constitucionalidade de um plano estadual da Virgínia baseado na liberdade de escolha (*freedom-of-choice plan*) para a integração escolar, o qual pouco havia contribuído para o fim da segregação, uma vez que as pressões sociais faziam com que a grande maioria dos negros optasse por permanecer nas escolas de maioria negra, a Corte assumiu uma posição proativa no cumprimento de *Brown*, que nos anos seguintes aceleraria a integração escolar.

O choque causado por *Brown* foi imenso, não apenas sob uma perspectiva social mas também jurídica. Se por um lado a decisão se antecipou ao consenso social, impondo perspectivas de igualdade racial que a *maioria* de vários estados não estava pronta para sancionar, por outro os fundamentos jurídicos da decisão foram rasos para dizer o mínimo. A conclusão “inconclusiva” de Warren acerca das intenções dos legisladores que redigiram a décima quarta emenda foi uma mal disfarçada desculpa para deixar de lado technicalidades jurídicas e basear a decisão na realidade social e em princípios morais de igualdade; posteriormente, *Brown* seria revisitado sob vários enfoques, e uma série de fundamentos jurídicos razoáveis seriam lançados como justificativas racionalizadoras, mas em verdade a decisão não se utilizou de nenhuma delas.

O que Warren procurou defender em *Brown I* em pouco se relacionava com preceitos jurídicos ou com a letra da Constituição, e se baseava quase inteiramente nas mudanças sofridas pela sociedade desde *Plessy*. Assim, embora *Brown* tenha de fato se tornado uma inspiração para o ressurgimento para a teoria substantiva dos direitos nas décadas seguintes, isso ocorreu muito mais pela importância simbólica da decisão e da postura ativista assumida pela Corte após décadas de auto-restrição do que por sua fundamentação. Nesse sentido, Hutchinson reforça que:

Inspired by *Brown*, lawyers and judges breathed new life into not only the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment, but also its Due Process Clause (in

⁸⁹ HUTCHINSON, Dennis J. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 40.

both its procedural and its more controversial substantive senses). The Court itself was emboldened in part by the experience of *Brown* to expand federal protection for state defendants in criminal proceedings and to strengthen the protection of the First Amendment to critics of the first state and then of the federal government during the decade following *Brown*.⁹⁰

Quase uma década depois de *Brown*, a Corte Warren realizaria sua maior contribuição ao campo do devido processo substantivo, e encontraria o ponto de maior afastamento com a tendência auto-restritiva da geração anterior e com os parâmetros estabelecidos na nota de rodapé n. 04. Em 1965, no julgamento de *Griswold vs. Connecticut*, a Corte por fim adentrou o terreno do direito à privacidade, e começou a construir a fundação sob a qual posteriormente se ergueria a controversa decisão de *Roe vs. Wade*, em 1973.

Em plena década de 1960, o estado de Connecticut mantinha em vigor uma lei de 1879 que tornava crime o uso de contraceptivos. Embora a antiquada legislação não fosse regularmente utilizada para punir os particulares que utilizassem qualquer tipo de instrumento ou droga anticoncepcional – sendo difícil visualizar, à época de sua edição o mesmo passados oitenta anos, como se daria esse tipo de fiscalização – ela impedia que farmácias, hospitais ou clínicas de planejamento familiar fornecessem tais métodos, o que dificultava imensamente o acesso da população do estado em geral.

O dispositivo já tivera sua constitucionalidade questionada perante a Suprema Corte em duas ocasiões (*Tileston vs. Ullman*, em 1943 e *Poe vs. Ullman*, em 1961), nas quais a Corte encontrara saídas processuais para não enfrentar a questão. No entanto, a década de 1960 trouxe o auge da revolução sexual nos Estados Unidos, e o uso de contraceptivos assumiu nova relevância no meio social. Em 1965, os diretores médico e executivo do *Planned Parenthood League of Connecticut* foram condenados nos termos da lei estadual por fornecer informações sobre métodos contraceptivos a pessoas casadas, e iniciaram um processo pela inconstitucionalidade do dispositivo que eventualmente chegou à Suprema Corte.

A Corte decidiu pela inconstitucionalidade da lei com base no argumento de que esta violava o direito à privacidade de casais legalmente casados. O ponto mais controvertido da decisão foi justamente a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela violação de um direito “não enumerado” na Constituição. Embora houvesse controvérsia entre os membros da

⁹⁰ HUTCHINSON, Dennis J. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 41.

Corte, William O. Douglas foi acompanhado por cinco dos sete juízes favoráveis à decisão ao afirmar que direitos implícitos ou periféricos aos direitos expressos mereceriam igual proteção constitucional, pois formavam “penumbras” que garantiriam a efetiva aplicação desses direitos; assim, as primeira, terceira, quarta, quinta e nona emendas formariam “zonas de privacidade” que combinadas resultariam em um direito à privacidade garantido constitucionalmente.

Dentre os membros dissidentes, Hugo Black criticou veementemente a decisão da maioria, afirmando que o direito à privacidade construído pela Corte carecia de autorização constitucional específica e representava um exercício arbitrário do poder judicial⁹¹. Segundo o *Justice*:

The Court talks about a constitutional “right of privacy” as though there is some constitutional provision or provisions forbidding any law ever to be passed which might abridge the “privacy” of individuals. But there is not. There are, of course, guarantees in certain specific constitutional provisions which are designed in part to protect privacy at certain times and places with respect to certain activities... But I think it belittles that [fourteenth] Amendment to talk about it as though it protects nothing but “privacy”. (...) For these reasons I get nowhere in this case by talk about a constitutional “right of privacy” as an emanation from one or more constitutional provisions. I like my privacy as well as the next one, but I am nevertheless compelled to admit that government has a right to invade it unless prohibited by some specific constitutional provision.⁹²

Griswold invalidou um lei antiquada, amplamente criticada e existente apenas em um dos menores estados americanos. Mesmo durante sua vigência, qualquer casal poderia dirigir em menos de uma hora até o estado vizinho de Nova York e lá obter legalmente contraceptivos. A lei meramente impedia sua distribuição em hospitais, clínicas e farmácias do estado, e mesmo antes do caso chegar à Suprema Corte parecia fadada ao desuso.

Os efeitos da decisão, entretanto, em larga medida insignificantes no caso concreto, obtiveram ampla repercussão na esfera jurídica. A criação, ou descobrimento, de um direito à privacidade existente sob o manto da proteção constitucional influenciou uma série de decisões de ampla repercussão social, e institucionalizou por meio de precedentes uma visão liberal acerca

⁹¹ Sobre o debate, Michael McCann observa que “In particular, many critics of the decision have elaborated [Justice] Black’s charge that the majority was simply offering a new and unwarranted version of the old “substantive due process” doctrine. Why, critics asked, is it less dangerous for Supreme Court justices to impose their personal preferences on legislators and society in matters of personal rights than in matters of economic relations? If the old *Lochner* logic was wrong, why is this new form of ‘*Lochnerizing*’ not wrong as well?” (MCCANN, Michael W. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 136-137).

⁹² BLACK apud TUSHNET, Mark. *I Dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008, pp. 180-181.

da liberdade sexual que desagradava imensamente toda a direita norte-americana; já na Era Burger, o direito de utilizar contraceptivos foi rapidamente conferido também às pessoas solteiras (em *Eisenstadt vs. Baird*), e eventualmente o direito à privacidade se estendeu a áreas muito mais controversas, como o direito ao aborto (em *Roe vs. Wade*) e os direitos dos homossexuais (em *Lawrence vs. Texas*).

O ressurgimento do devido processo substantivo, que foi iniciado pela Corte Warren em *Griswold*, foi acompanhado de novas ondas de debates acerca da legitimidade democrática das cortes no exercício do controle judicial de constitucionalidade. Além do teor notadamente ativista da decisão, a doutrina dos direitos à autonomia ou à privacidade reacendeu o devido processo substantivo em uma linha frágil: a dos direitos não enumerados. Se já havia alguma dificuldade na justificação de uma doutrina de direitos substantivos expressamente previstos na Constituição, maiores foram as objeções a esses direitos não previstos, e as justificativas da Corte utilizando “penumbras” ou “zonas” de direitos pouco serviram para acalmar esses clamores.

No entanto, uma análise ponderada da jurisprudência da Corte Warren demonstra que *Griswold* foi uma exceção em um quadro notavelmente fiel aos preceitos da nota de rodapé n. 04 de *Carolene*. A proteção dos direitos das minorias raciais e a redistribuição dos distritos eleitorais⁹³ são exemplos marcantes de uma jurisprudência preocupada com a efetiva representação política e com o funcionamento do processo democrático. Nesse contexto, se insere também a proteção à liberdade de expressão prevista na primeira emenda.

⁹³ Em 1962, chegou à Suprema Corte um processo iniciado em 1959 no Tennessee, quando uma série de autores propuseram uma ação contra Joseph Cordell Carr, que mantinha o cargo de secretário de estado, questionando a desigualdade na distribuição de votos entre os diversos distritos que elegiam os membros do legislativo estadual. *Baker vs Carr* trouxe um pedido de declaração de inconstitucionalidade da legislação que determinava a distribuição de distritos eleitorais, e de uma ordem que impedisse que novas eleições fossem realizadas até que se resolvesse a questão. O Justice William Brennan, ao emitir a opinião da Corte, decidiu que a questão afetava a cláusula de igual proteção da décima quarta emenda, e declarou a inconstitucionalidade da legislação do Tennessee que determinava a distribuição dos distritos. Declarou, ainda, que qualquer legislatura estadual que não distribuisse os votos entre seus distritos de forma proporcional, de modo a conferir o mesmo peso aos votos dos moradores de quaisquer distritos estaria igualmente infringindo a cláusula de igual proteção. Embora *Baker vs. Carr* não tenha estabelecido expressamente o princípio do “um homem, um voto” (o qual seria estabelecido pela Suprema Corte menos de um ano depois em *Gray vs. Sanders*), seu papel na construção de uma representação política igualitária nos Estados Unidos foi absolutamente fundamental. Sobre Carr, J. M. Peltason destaca que: “It did not take long for other states to go through the door opened by *Baker vs. Carr*. In one year, thirty-six states had become involved in reapportionment lawsuits. (...) Within a short time, the Court had concluded that no factors – not geographical districts, nor a desire to keep governmental units intact, nor a federal compromise in which one chamber would represent population and other governmental units such as countries – but strictly equal protection districts would pass constitutional muster.” (PELTASON, J. W. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 21-23).

Dois dos casos mais marcantes da doutrina da liberdade de expressão na Era Warren foram julgados conjuntamente em 1957. *Roth vs. United States* e *Alberts vs. California* analisaram a questão da literatura obscena e seu enquadramento na proteção constitucional à liberdade de expressão. A Suprema Corte já contava com precedentes que haviam mantido a constitucionalidade das leis estaduais e federais contra a obscenidade ainda que essas atingissem obras de incontestável valor literário.

Em *Roth* e *Alberts*, a Corte manteve esse entendimento, mas pela primeira vez criou limitações a essa exclusão da proteção da primeira emenda; a obscenidade havia sido sistematicamente excluída da proteção da primeira emenda porque se considerava que ela não veiculava ideias, e a decisão esclareceu que, para ser excluído e classificado como obsceno, o material literário não deveria incluir conteúdo de interesse social. Essa ressalva nos anos seguintes estreitou o conceito de obscenidade, colocando sob a proteção da primeira emenda as obras cujo objetivo fosse a conversão de ideias, ainda que incluíssem conteúdo considerado inadequado⁹⁴.

Desse modo, a Corte Warren reacendeu o ativismo judicial nos Estados Unidos, e defendeu veementemente os preceitos liberais; da geração imediatamente anterior, herdou os preceitos da doutrina criada em *Carolene*, e como legado deixou quase duas décadas de liberalismo político por parte do judiciário que seriam fonte das principais críticas conservadoras acerca do controle de constitucionalidade nos quarenta anos seguintes. Sobre a jurisprudência da Corte Warren, Mark Tushnet frisa que:

At its heart the Warren Court's rights revolution dealt with equality and political participation. The school desegregation cases... were only one part of the Warren Court's efforts to address racial discrimination. Many of the Warren Court's criminal procedure decisions extending the reach of the Constitution into police stations and local jails directly raised questions about racial justice, and the Court's interventions were almost certainly motivated by a general concern that criminal justice was being administered in a racially biased way. The Court's voting rights decisions... were obviously about racial equality as well. But the voting rights cases were also about making sure that the American political process operated in a fair and democratic manner. The Warren Court's expansive interpretations of the Constitution's guarantee of free expression had the same goal.⁹⁵

⁹⁴ Ver SCHAUNER, Frederick in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 311-312.

⁹⁵ TUSHNET, Mark. *I Dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008, pp. 179. Em outra oportunidade Tushnet já havia observado que os esforços da Suprema Corte especificamente quanto aos direitos dos acusados criminais não haviam sido bem sucedidos: "Driven by the observation that African

3.5. A Corte Burger (1969-1986)

A agitação social causada pela retomada da postura ativista e da teoria substantiva dos valores pela Suprema Corte levou a uma série de conjunções políticas que culminaram nas promessas de campanha de Richard Nixon de nomear novos *justices* para a Suprema Corte capazes de frear a jurisprudência ativista da Corte Warren. Nixon teve uma oportunidade única de reformar a Corte, indicando três novos *Justices* e um novo *Chief Justice*.

A primeira indicação de Nixon ocorreu ainda no primeiro ano de seu mandato, quando escolheu Warren Burger para ocupar o cargo de *Chief Justice*; Burger era um juiz conservador do Tribunal Federal de Washington, D.C., e promissoramente havia se posicionado veementemente contra as decisões liberais acerca dos procedimentos criminais proferidas pela Corte durante a Era Warren. Posteriormente, indicou os também conservadores Harry Blackmun, Lewis Powell, e por fim, William Rehnquist, que posteriormente serviria como *Chief Justice* após a aposentadoria de Burger.

No entanto, a nova leva de juízes conservadores que integrou a Suprema Corte na primeira metade da década de 1970 não se mostrou suficiente para promover a contra-revolução

Americans and other minorities were the primary victims of abuse police practices, the Court set about attempting to reform and professionalize the nation's police agencies. It restricted their ability to conduct searches without getting a judge's permission first, and of course it insisted that police officers give the famous Miranda warnings. The Warren Court's efforts were a political disaster for it. The Court conducted its campaign to reform the police just as crime rates begun a dramatic rise. The increase in crime was due to a combination of demographic changes and broader social trends, such as decline in the ability of parents to supervise their children (...)" (TUSHNET, Mark. *A court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law*. Nova York: W. W. Norton, 2006, pp. 22). A campanha da Suprema Corte produziu, entretanto, alguns dos mais marcantes precedentes da história constitucional americana, como Miranda e, em 1963, *Gideon vs. Wainwright*, que analisou a demanda de Clarence Gideon, um acusado indigente de Atlanta que requisitou que lhe fosse fornecido um advogado e teve seu pedido negado, tendo conduzido sua própria defesa e sido condenado. Gideon então apelou da condenação, afirmando que seu direito ao devido processo legal havia sido violado pela recusa do Estado em fornecer-lhe um representante legal. A necessidade de fornecer defensores a acusados indigentes já havia sido questionada anteriormente ao julgamento do caso em 1963, na decisão de *Betts v. Brady* (1942). Na ocasião, a Suprema Corte determinou, com base na mesma cláusula do devido processo legal contida na décima quarta emenda que voltaria a ser questionada em *Gideon*, que só haveria necessidade de o Estado fornecer defensores em circunstâncias especiais. No entanto, Susan E. Lawrence, quanto à decisão tomada em *Betts*, frisa que: "However, the Court had not upheld a single denial of right to counsel under the Betts rule since it's 1950 decision in *Quicksal v. Michigan*. The court was looking for an opportunity to overrule Betts, and Gideon provided that opportunity." (LAWRENCE, Susan E. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 121-122). Embora Clarence Gideon fosse branco, era notório nos Estados Unidos da década de 1960, não apenas que os negros representavam a maioria dos acusados submetidos ao sistema penal, mas que incluíam a grande maioria dos acusados indigentes. A decisão representou talvez a maior tentativa de estabelecimento de uma política pública pela Suprema Corte em sua história, e seu perfil notavelmente social se encaixa nas características da jurisprudência da Corte Warren de defesa das minorias, em especial as raciais.

que Nixon e a ala conservadora haviam imaginado. A Corte Burger manteve a postura ativista que havia se tornado a marca da Suprema Corte nos vinte anos anteriores, e continuou a defender os ideais liberais, em especial no campo dos direitos civis, avançando muito além inclusive da Corte Warren no campo do devido processo substantivo. Sobre a Corte Burger, Mark Tushnet observa que:

“Nixon’s nominations did change the Supreme Court, but not as much as Goldwater conservatives hoped. Mostly the Court drifted along the course set by the Warren Court, moving more slowly but never abandoning the commitment to substantive liberalism. Its abortion decisions in 1973, written by Nixon appointee Blackmun and joined by Nixon appointees Burger and Powell, extended the idea of privacy developed in the *Griswold* case into a far more controversial area. As the title of one overview of the early years of the Burger Court put it, that Court was the “the counterrevolution that wasn’t”. ”⁹⁶

A mais importante decisão proferida na Era Burger é também o precedente mais debatido da história americana; *Roe vs. Wade* estendeu as doutrinas do devido processo substantivo e do direito à privacidade ao seu ponto mais controverso, o direito ao aborto. O pleito chegou à Suprema Corte em 1971, tendo a decisão final sido proferida em janeiro de 1973. O caso envolvia a discussão acerca da constitucionalidade de duas leis restritivas ao direito de abortar, uma do estado do Texas e outra da Geórgia. Em ambos os casos, o dispositivo legal permitia a realização do aborto apenas se – de forma genérica – a gravidez colocasse em perigo a vida da mãe.

Norma McCorvey, sob o pseudônimo de Jane Roe, acionou a Corte pelo direito de realizar um aborto cujas circunstâncias não estavam contempladas nos dispositivos legais mencionados. A opinião vencedora na Suprema Corte, proferida pelo *Justice* Harry Blackmun, determinava a inconstitucionalidade de ambos os dispositivos legais, sob o argumento, inicialmente suscitado em *Griswold*, de que ofendiam o direito à privacidade protegido pela cláusula do devido processo da décima quarta emenda.

No desenvolvimento da decisão, a Corte reconheceu que os estados poderiam ter interesses legítimos na restrição ao direito de abortar, e dividiu o período gestacional em três trimestres, e fixou que restrições ao direito de abortar apenas poderiam ser estabelecidas em lei nos dois trimestres finais da gravidez, em situações específicas.

⁹⁶ TUSHNET, Mark. *A court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law*. Nova York: W. W. Norton, 2006, pp. 31.

Dentre os três votos dissidentes, destacadamente o de William Rehnquist, mais uma vez foi criticada a doutrina do direito à privacidade, por colocar sob a proteção da décima quarta emenda – restringindo o poder legislativo dos estados – um direito não previsto expressamente na Constituição. Ademais, a divisão da gravidez em três trimestres feita pela Corte foi severamente criticada por relativizar a proteção de uma vida em potencial e porque as regras arbitrárias relativas à restrição do poder legislativo estadual se assemelhavam perigosamente a uma lei.

A repercussão da decisão foi imensa, e embora a Corte tenha negado expressamente que *Roe* houvesse estabelecido o direito ao aborto nos Estados Unidos, virtualmente foi o que aconteceu. *Roe* talvez seja o precedente mais analisado da história norte-americana, e enquanto seus críticos aprofundam substancialmente as questões levantadas nos votos dissidentes, os simpatizantes procuram justificar a decisão reconceitualizando seus fundamentos, por vezes sob uma perspectiva de discriminação de gênero, outras pelo destaque à importância da doutrina do direito à privacidade.

A controvérsia gerada por *Roe*, entretanto, não se limitou à esfera jurídica, mas movimentou a população com ainda mais vigor. O contexto social que levou a uma decisão favorável ao aborto pela Suprema Corte perpassou uma série de acontecimentos específicos nos anos que antecederam a decisão, que em 1973 talvez tenham delineado um contexto socialmente mais favorável do que de fato era. Quanto ao contexto social precedeu *Roe vs. Wade*, Mark Tushnet afirmará que:

The so-called sexual revolution of the 1950s and 1960s, which fostered increased access to contraceptives and the development of contraceptive drugs, also resulted in an increasing number of situations in which women desired abortions. In the 1960s and early 1970s the discovery that thalidomine, a drug that many women had used in early stages of pregnancy to relieve morning sickness, occasionally caused birth defects, as well as the highly publicized case of Sherry Finkbine, an Arizona broadcasting figure who went to Sweden to obtain an abortion when she feared her baby would be severely handicapped, increased public pressure to relax the abortion laws. Illegal abortions were widespread, though their exact number is impossible to determine, and some women died because of unsanitary conditions in which illegal abortions were sometimes performed. The revitalized women's movement made change in the abortion laws one of its priority goals. Abortion reform took two forms. State legislatures began to make it easier to obtain abortions, usually by allowing abortion to protect a woman's health, broadly defined, but also requiring approval of the abortion by a committee of doctors in addition to the woman's own physician. Once some states had begun to relax abortion restrictions, any woman who could afford it found it relatively easy to travel to a state

with an unrestrictive law or to find a doctor who would certify that the abortion was necessary to preserve her health.⁹⁷

Entretanto, o pós-choque da decisão inflamou a opinião pública em grau muito maior do que havia atingido a agitação social em seu favor, e os movimentos do “direito à vida” (*pro-life*) se multiplicaram em todo país, muitas vezes escalando à violência. Instituições religiosas de todos os tipos emprestaram total apoio ao movimento, e na década seguinte *Roe* suportou uma onda feroz de opositores.

A Suprema Corte também sentiu os efeitos da pressão social, e embora tenha mantido a decisão, nos anos seguintes cedeu declarações de constitucionalidade a leis estaduais que operavam às margens de *Roe*, tentando restringir o direito ao aborto no máximo que seus limites permitiam. A mais importante jurisprudência nesse sentido foi construída a partir de 1977, por ocasião do julgamento de *Maier vs. Roe*, em que a Suprema Corte determinou que os estados não eram obrigados a custear o aborto para mulheres indigentes. Posteriormente, em 1980, a Corte reforçou em *Harris vs. McRae* que o fundo federal de saúde *Medicaid* não estava obrigado a custear abortos não terapêuticos.

Eventualmente, no entanto, as pressões sociais cederam a uma desaprovação velada, e *Roe* continuou em vigor. A Corte Burger continuou a se dedicar à expansão do devido processo substantivo e à proteção das minorias, com especial destaque aos negros – através da expansão e efetivação da integração racial (em *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg* e *Columbus Board of Education vs. Penick*) e da constitucionalização dos programas de discriminação positiva (em *Regents of the University of California vs. Bakke*) – e aos estrangeiros, eventualmente incluídos sob a proteção do Estado como minoria carente de especial proteção (em *Graham vs. Richardson*).

Regents of the University of California vs. Bakke, julgado em 1977, foi o primeiro teste constitucional relacionado às políticas de discriminação positiva, e envolvia a questão das cotas raciais em universidades. Bakke candidatou-se em 1972 a uma vaga na faculdade de medicina da Universidade da Califórnia, na qual quase três mil estudantes concorriam às cem vagas ofertadas. A Universidade possuía um programa de admissão especial que englobava dezesseis das cem vagas disponíveis, para o qual somente podiam candidatar-se pessoas negras, asiáticas, latinas ou

⁹⁷ TUSHNET, Mark in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 304.

nativo-americanas. As médias do histórico escolar e notas nos testes de admissão exigidas pelo programa especial eram consideravelmente menores do que as exigidas no programa regular.

Após ser rejeitado duas vezes pelo programa regular de admissão, Bakke iniciou um processo contra o programa de admissão especial da Universidade, alegando que este violava o seu direito à igual proteção sob a décima quarta emenda. A Suprema Corte decidiu a favor da admissão de Bakke e pela inconstitucionalidade do programa de cotas; no entanto, a votação por cinco a quatro foi complicada e controvertida, envolvendo a produção de seis opiniões diferentes, algo muito incomum.

No entanto, no voto do *Justice* Lewis Powell, que decidiu a controvérsia a favor de Bakke, foi explicitada a opinião da Corte pela constitucionalidade de fatores raciais nas admissões em universidades. O sistema da Universidade da Califórnia foi julgado inconstitucional pela natureza exclusiva de seu programa especial, que significava que Bakke não poderia concorrer às dezesseis vagas destinadas a ele, ferindo assim a cláusula de igual proteção. A decisão da Suprema Corte, assim, determinou a permissividade de programas de afirmação positiva sob o crivo da Constituição, desde que a raça não fosse o único critério de admissão dos programas⁹⁸.

Em *Graham vs. Richardson*, foi questionada a constitucionalidade de uma lei do Arizona que condicionava o recebimento de benefícios à cidadania americana. A Corte decidiu por unanimidade pela inconstitucionalidade da lei, incluindo os estrangeiros nas minorias “discretas e insulares” descritas na nota de rodapé n. 04 de *Carolene*, e declarando-os assim especialmente merecedores da proteção da décima quarta emenda⁹⁹.

Em sua maior parte, as promessas de campanha de Nixon falharam. Não apenas a Corte Burger não foi capaz de reverter os precedentes liberais da Corte Warren, como reforçou e em alguns casos expandiu o alcance desses precedentes, mantendo uma linha mais moderada em algumas vertentes, ainda mais liberal em outras, e constantemente ativista.

Alguma parcela de culpa nesse sentido deve ser atribuída ao próprio Nixon; ele se preocupou em nomear *justices* conservadores, mas pareceu esquecer-se de combinar esse conservadorismo político com uma perspectiva de auto-restrição condizente com seus discursos

⁹⁸ Ver O’NEILL, Timothy J. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 292-294.

⁹⁹ Ver SPAETH, Harold J. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 129.

eleitorais por uma Suprema Corte que *interpretasse* e não *criasse* a lei¹⁰⁰. Os liberais ativistas da Corte se juntaram a novos ativistas, dessa vez conservadores, e a tentativa de equilibrar essas forças políticas contrastantes pareceu colocar a Corte Burger, durante a maior parte de seus dezessete anos, em inércia, seguindo o caminho já trilhado por sua antecessora.

3.6. A Corte Rehnquist (1986-2005)

Quando Warren Burger se aposentou em 1986, outro republicano ocupava a presidência. Ronald Reagan assumira em sua campanha eleitoral o mesmo compromisso com um direito constitucional conservador que dominara o partido republicano desde 1971, voltado para o combate e reversão dos precedentes da Corte Warren e, naquele ponto, até mesmo alguns precedentes da Corte Burger, que os republicanos haviam construído para iniciar sua contrarrevolução antiliberal.

William Rehnquist foi uma escolha estratégica para a ala conservadora. Suas opiniões ao longo da Era Burger haviam apontado um caminho consistente no sentido na reversão jurisprudencial pela qual os Republicanos ansiavam, e seu status acadêmico amplamente respeitado garantiram uma liderança mais firme do que a de Burger havia sido. Havia uma expectativa firme entre os membros do partido de que Rehnquist seria capaz de enfim liderar a reversão da jurisprudência liberal das décadas anteriores.

Talvez a principal bandeira conservadora ao final da década de 1980 fosse a reversão do polêmico precedente de *Roe vs. Wade*. O período de timidez que se seguiu à forte reação social e política a *Roe* parecia ter sido o mais propício para sua efetiva reversão, mas quase suas décadas depois o precedente se mantinha em vigor, e os protestos jamais silenciaram. O partido republicano manobrou os opositores de *Roe* para conseguir votos, e nos primeiros anos da chefia de Rehnquist a Suprema Corte começou a ser pressionada para fazer cumprir as promessas de campanha do presidente.

A primeira oportunidade de revisitar a doutrina do direito à privacidade veio em 1989, com o julgamento de *Webster vs. Reproductive Health Services*. O caso envolvia o

¹⁰⁰ Sobre a campanha eleitoral de Richard Nixon e a Suprema Corte, ver LAMB, Charles M. e LALPERN, Stephen C. *The Burger Court: political and judicial profiles*. Chicago: University of Illinois Press, 1991. Ver ainda TUSHNET, Mark. *A court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law*. Nova York: W. W. Norton, 2006, pp. 13-49.

questionamento da constitucionalidade de uma série de provisões de uma lei estadual do Missouri acerca do direito ao aborto. Dentre elas, destacavam-se o impedimento ao uso de fundos estatais na realização de abortos, o que impedia que qualquer hospital público do estado realizasse o procedimento e até mesmo que hospitais particulares com qualquer tipo de apoio estatal o fizessem; e o requerimento de que médicos realizassem testes “apropriados” para determinar a viabilidade do feto quando a gestação tivesse atingido vinte semanas ou mais.

O prazo específico determinado pela lei era de especial importância na determinação de sua constitucionalidade. Em *Roe*, a gravidez havia sido dividida em três períodos, dentre os quais no primeiro os estados não poderiam regular os abortos com quaisquer medidas restritivas, no segundo os abortos somente poderiam ser restringidos para proteger a saúde da mãe, e apenas no terceiro trimestre poderia haver restrição ao direito de abortar, por haver a viabilidade do feto. Assim, a primeira vista, a lei estadual do Missouri violava *Roe*, ao instituir restrições ao direito de abortar não relacionadas à proteção da saúde da mãe ainda durante o segundo trimestre gestacional.

Essa violação direta aos termos de *Roe* gerou imensa comoção política dentro da Corte, porque abria uma janela de oportunidade para a reversão do precedente. A oportunidade não passou despercebida por ninguém; grupos pró-vida e pró-escolha se armaram e o governo Bush tomou providências, apresentando como *amicus curiae* uma longa opinião insistindo que a Corte revertisse *Roe*. A pressão atingiu especialmente os *justices* nomeados por Reagan, como uma dívida a ser cobrada.

William Rehnquist e Antonin Scalia acolheram fervorosamente os apelos conservadores, e pareciam prontos para utilizar a oportunidade para reverter *Roe*. Rehnquist chamou para si a responsabilidade e foi o primeiro a emitir uma opinião pela constitucionalidade da lei questionada, propondo uma abordagem que, embora não revertisse *Roe* expressamente, abria espaço para que os estados aumentassem exponencialmente as restrições ao direito de abortar. Scalia é um conservador católico que rejeita o aborto em um plano moral, e imediatamente se juntou a Rehnquist, assim como o também indicado por Reagan Anthony Kennedy.

A surpresa veio com a opinião de Sandra Day O'Connor, a primeira nomeação de Ronald Reagan. O'Connor escreveu uma opinião concorrente a de Rehnquist, e embora concordasse com a maioria na constitucionalidade da lei estadual questionada, propôs uma interpretação que adequou-a aos preceitos de *Roe*. Segundo ela, estudos demonstravam que havia uma margem de

erro de aproximadamente quatro semanas na determinação médica da duração de uma gestação, o que significava que quando determinado que a gestação estava em sua vigésima semana, poderia estar na verdade até mesmo em sua décima quarta; como o objetivo do teste, segundo a lei, era analisar a viabilidade do feto, se tratava de uma regulação do terceiro trimestre gestacional, e portanto permissível sob *Roe*.

A opinião de O'Connor foi a saída que a minoria precisava para manter *Roe*. Sob os veementes protestos da maioria conservadora – em especial do *Justice* Scalia, que criticou pessoalmente Sandra Day O'Connor por sua opinião “irresponsável e inadequada” – *Webster* foi apenas um avanço mediano em termos de restrição ao direito de abortar, e embora tenha baseado mais algumas decisões contra *Roe* nos anos seguintes, parecia que a chance de ouro dos conservadores estava escapando. As reações ao julgamento da Corte em *Webster* foram fortíssimas, mas sob uma prisma muito mais político do que propriamente jurídico. Se por um lado os conservadores se revoltaram com a chance perdida pela Corte, por outro os liberais entraram em alerta com os sinais de que uma maioria anti-aborto poderia estar enfim se formando¹⁰¹. Sobre o assunto, Mark Tushnet comenta que:

Interest groups organized around the abortion issue, however, interpreted *Webster* as a major assault on *Roe*. Both sides in the abortion controversy saw political advantage to be gained by representing it as a major change in the law. Proponents of increased restrictions on the availability of abortions used the decisions to prod state legislatures into doing more than they had already done; some state legislatures enacted laws that were clearly unconstitutional under *Roe*. Opponents found that they could mobilize a good deal of latent support for their position by presenting the decisions as a major threat to the right to choose abortions; courts could no longer be relied on to block restrictions on the availability of abortions.¹⁰²

Imediatamente após *Webster*, a Corte atravessou um período que parecia construir um caminho mais gradual em direção à reversão de *Roe*, estabelecendo uma série de precedentes restritivos ao direito de abortar. Em 1990, por ocasião do julgamento de *Ohio vs. Akron Center for Reproductive Health*, a Corte decidiu pela constitucionalidade de uma lei estadual que determinava que menores de idade que desejassem realizar abortos deveriam notificar ao menos

¹⁰¹ Ver TUSHNET, Mark. *A court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law*. Nova York: W. W. Norton, 2006, pp. 204-222 e ainda TUSHNET, Mark V. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 374-375.

¹⁰² TUSHNET, Mark V. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 375.

um de seus pais, ou obter uma permissão judicial. A opinião da Corte rejeitou os argumentos de que a audiência judicial para determinar a maturidade da menor seria um “fardo desnecessário” ou uma invasão de sua privacidade. Os dissidentes argumentaram que o procedimento caracterizava um obstáculo sem amparo constitucional a *Roe*, mas uma maioria de 6 a 3 manteve a constitucionalidade da lei¹⁰³.

Após um passo tímido em *Akron*, no ano seguinte a Corte voltou a analisar a questão em *Rust vs. Sullivan*. Uma das mais destacadas evidências da resistência popular aos preceitos sustentados em *Roe* foi a aprovação pelo Congresso em 1970 de uma lei federal que destinava fundos ao apoio de clínicas de planejamento familiar; a lei expressamente determinava que os fundos não poderiam ser investidos em clínicas em que o aborto fosse utilizado como método de planejamento familiar. Depois a decisão de *Roe*, em 1973, a proibição assumiu novos contornos.

Os movimentos sociais pela reversão de *Roe* alimentaram no governo, nos legislativos estaduais e no Congresso das décadas seguintes uma tendência pela minimização dos danos, e políticas públicas e leis estaduais e federais limitando o direito ao aborto se tornaram cada vez mais frequentes, algumas tendo inclusive sua constitucionalidade questionada, e a maioria tendo sido sancionada pela Suprema Corte.

A regulação das clínicas de planejamento familiar seguiu a tendência, mantendo a proibição até 1988, quando se tornou ainda mais estrita com a instituição da chamada *gag rule*. A determinação legislativa impedia que clínicas de planejamento familiar financiadas pelo governo federal informassem mulheres grávidas acerca da disponibilidade do aborto, não podendo sequer mencioná-lo como método de planejamento familiar.

A questão chegou à Suprema Corte por meio de representantes dos serviços de planejamento familiar, que arguíam que a legislação em questão violava os direitos à liberdade de expressão da primeira emenda de seus profissionais, e os direitos de suas clientes à realização de abortos sob *Roe*. A opinião da Corte rejeitou tais argumentos, declarando que a *gag rule* representava uma interpretação aceitável da legislação federal, e que o governo tinha o direito de impor condições à disponibilização de fundos para o apoio de programas sociais privados, de modo a garantir que os fundos fossem utilizados no melhor interesse da coletividade¹⁰⁴.

¹⁰³ Ver TUSHNET, Mark V. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 261.

¹⁰⁴ Ver TUSHNET, Mark V. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 314.

O caso foi fundamental enquanto um indicador da gradual mudança no posicionamento da Corte acerca do aborto, e elevou as expectativas por uma reversão de *Roe* pela Corte Rehnquist. Essa segunda oportunidade surgiu apenas três anos depois de *Webster*, no julgamento de *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*. O caso envolvia uma lei do estado da Pensilvânia que exigia que as mulheres aguardassem no mínimo vinte e quatro horas antes de realizar um aborto após serem informadas acerca de suas opções e da natureza do procedimento, além de exigir que menores obtivessem a permissão de pelo menos um dos pais e que mulheres casadas notificassem seus cônjuges.

Apesar de possuir conteúdo semelhante a outras leis que haviam passado pelo crivo da Suprema Corte, em *Casey* as pressões políticas voltaram a crescer. Defensores e críticos do direito ao aborto queriam uma definição da Suprema Corte, o caso foi apresentado como um ultimato para que a Corte reverteresse ou mantivesse *Roe*.

Entre seus membros, a Corte continuava dividida. Scalia e Rehnquist chefiavam a campanha pela reversão de *Roe*, os liberais, resumidos a Stevens e Blackmun, eram os únicos dispostos a manter o precedente inalterado, e Sandra Day O'Connor continuava a pregar um meio termo, enquanto os demais *justices* buscavam uma opinião com a qual se alinhar. A Suprema Corte contava com dois novos membros desde *Webster*: Clarence Thomas, um conservador que todos esperavam ver tomar o partido de Rehnquist e Scalia, e David Souter, que acabou se tornando uma peça chave na decisão.

O'Connor e Souter se juntaram a Anthony Kennedy para escrever uma opinião concorrente cuja importância posterior seria muito maior do que a majoritária escrita por Rehnquist. Enquanto o *Chief Justice*, para determinar a constitucionalidade da lei questionada, opinava pela reversão de *Roe*, Kennedy, O'Connor e Souter apresentaram uma opinião que determinava a dita constitucionalidade mantendo que chamaram de “núcleo” (*core holding*) de *Roe*.

A opinião abandonou a divisão em trimestres gestacionais feita em *Roe*, passou a trabalhar o panorama da viabilidade do feto, e estabeleceu para todo o período englobado pela inviabilidade, a regra do “fardo desnecessário”, que procurava dirimir os obstáculos inadequados ao direito da mulher de abortar um feto no período que este ainda se mostrava inviável. A partir desses preceitos, determinou que a lei estadual da Pensilvânia não caracterizava esse “fardo

desnecessário” em suas provisões, com exceção da exigência de que as mulheres casadas notificassem seus cônjuges, que foi considerada inconstitucional.

Uma segunda parte da opinião, redigida por Souter, tratou da defesa da manutenção de *Roe*. Primeiramente, defendeu que a discordância pessoal ou moral com o conteúdo de qualquer decisão não poderia se sobrepor ao dever primário de respeito ao precedente, base do direito constitucional norte-americano; nesse sentido, arguiu que as reversões jurisprudenciais ocorrem de forma geral quando um precedente se torna inaplicável, ou quando casos antigos se baseiam em fatos que não mais representam a realidade. Ademais, afirmou que *Roe* já havia criado raízes profundas na sociedade, modificando e definindo a visão que as mulheres tinham de seu lugar na sociedade, e que a reversão de precedentes com esse efeito social duradouro nunca é recomendada.

Por fim, Souter levantou um argumento que raras vezes foi discutido de forma expressa na Suprema Corte, afirmando que a reversão de *Roe* naquele momento demonstraria ‘um compromisso com pressões sociais e políticas’ que poderia enfraquecer o poder revisional na Suprema Corte, a qual dependeria de sua legitimidade decorrente da crença do povo em um judiciário independente. Esse último argumento foi um dos mais atacados pelos conservadores, principalmente Scalia, que acusou a opinião de Souter de perpetuar os erros da Suprema Corte, encorajando um comportamento irracional por parte do judiciário¹⁰⁵.

Apesar de ter mais uma vez dividido opiniões e dado mais um passo no sentido da restrição do direito ao aborto, o legado mais importante de Casey foi a manutenção de *Roe vs. Wade*. Depois da derrota conservadora na batalha para reverter *Roe*, seus defensores

¹⁰⁵ Apesar das críticas de Scalia e das possíveis repercussões negativas da opinião de Souter, a posição assumida por ele, e principalmente pelos tradicionalmente conservadores Sandra Day O’Connor e Anthony Kennedy, ambos nomeados por Reagan com o intuito específico de reverter *Roe*, foi frequentemente aplaudida em análises posteriores, que concordaram com o diagnóstico de Souter de que a reversão do direito ao aborto naquele cenário político enfraqueceria a Suprema Corte, e demonstraria um controle político da Corte por meio das nomeações presidenciais. Nesse sentido, Kermit L. Hall observa que “The Court’s actions in *Casey* were, quite apart from the underlying constitutional issues, a vivid demonstration that the justices know that for their actions to be accepted in a democracy, those actions have to be seen as being different from politics and the justices themselves as different from politicians.” (HALL, Kermit L., in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 277). No mesmo sentido, Mark Tushnet nota que “The reason for *Roe*’s persistence is reasonably clear: as the three justices put it in 1993, the decision had settled in to the nation’s understanding of what the Constitution meant, and overturning it would have been quite disruptive to that understanding – not to mention how disruptive it would have been to the political system and, particularly, to the Republican Party, which would have been stretched perhaps to the breaking point by a conflict between its socially conservative ‘base’ and more centrist voters who liked *other* aspects of the Republican platform.” (TUSHNET, Mark. *I Dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008, pp. 212).

abandonaram estrategicamente a Suprema Corte e realocaram seus esforços a outros campos, realizando campanhas públicas com o objetivo de mobilizar a população e se aproximar do legislativo¹⁰⁶. Sobre Casey, Mark Tushnet nota que:

It took the abortion issue off the Supreme Court's agenda for more than a decade. The Court's pro-choice members were happy to get rid of the issue; the others weren't ready to risk another major defeat. Edwin Meese called "the Court's failure to overrule Roe vs. Wade" the Reagan administration's "most disappointing loss", and the conservative legal community remained committed to overruling Roe.¹⁰⁷

Outros posicionamentos jurisprudenciais da Corte Rehnquist ajudaram a consolidar seu perfil conservador, a exemplo das decisões acerca do federalismo, que pela primeira vez no século voltaram a pender a balança a favor dos estados.

Em *United States vs. Lopez*, foi questionada a constitucionalidade de uma lei federal de 1990 que tornava crime a posse de armas em zonas escolares. Alfonso Lopez Jr., um estudante do ensino médio no Texas, havia sido surpreendido portando uma pistola calibre .038 na escola, e consequentemente processado nos termos da lei. Sua apelação, na qual arguia a inconstitucionalidade da lei federal como uma intromissão indevida do governo federal em assuntos estatais, foi julgada pela Suprema Corte em 1995.

A Suprema Corte julgou a favor de Lopez, revertendo uma doutrina amplamente aplicada ao longo do século XX de que a cláusula de comércio da Constituição permitia a regulação federal de quase todos os aspectos da vida dos cidadãos, sob o pretexto de regular o comércio interestadual. Foram acolhidos os argumentos da Associação Nacional do Rifle, que defendeu não existir qualquer relação direta entre a posse de armas e o comércio interestadual, cabendo assim somente aos estados regular a questão¹⁰⁸.

Dois anos mais tarde, em *City of Boerne, Texas vs. Flores*, outra lei federal foi julgada inconstitucional por invadir a esfera de regulação dos estados. A cidade havia se recusado a permitir que uma igreja católica ampliasse seu prédio em uma área vizinha que havia sido tombada para preservação histórica. A igreja então processou a cidade, alegando a violação de

¹⁰⁶ Ver TUSHNET, Mark. *A court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law*. W. W. Norton: New York, 2006, pp. 204-222 e ainda TUSHNET, Mark V. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 276-277.

¹⁰⁷ TUSHNET, Mark. *A court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law*. Nova York: W. W. Norton, 2006, pp. 221-222.

¹⁰⁸ Ver HALL, Kermit L. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 93-94.

uma lei federal de 1993 que vedava a interferência com a prática das atividades de qualquer instituição religiosa. A Suprema Corte determinou a inconstitucionalidade da lei sob o fundamento de que o Congresso havia excedido seu papel na aplicação da décima quarta emenda ao determinar o que seria uma violação constitucional especificamente, tarefa que caberia exclusivamente ao judiciário¹⁰⁹.

Kermit L. Hall observa, quanto a *City of Boerne* e às decisões de cunho federalista da Suprema Corte que:

City of Boerne was the third case in three years in which the Court had struck down major congressional acts that limited the power of the states. In **Seminole Tribe of Florida vs. Florida* (1996) it invalidated part of a Indian Gaming Regulatory Act, and in *United States vs. *Lopez* (1995) it ruled that a federal gun control law exceed the power of Congress to regulate interstate commerce. As a result, the decision in *City of Boerne* was not so much about church and state relations, although it had important consequences for them, but instead about the limits placed on Congress's expansive interpretation of its own powers.¹¹⁰

Apesar dos avanços em perspectivas decididamente conservadoras realizados pela Corte Rehnquist, a maioria das linhas ideológicas seguidas pela Corte em quase duas décadas mantiveram tons notadamente moderados, especialmente na questão do aborto e da doutrina do direito à privacidade. Enquanto o conservadorismo da Corte marcou não apenas o conteúdo de suas decisões, mas também os métodos de interpretação constitucional aplicados – utilizando-se de teorias ligadas ao respeito ao texto constitucional e seu significado original e se afastando de interpretações abrangentes como as utilizadas proeminentemente na Era Warren – sua posição moderada impediu que os principais precedentes ativistas liberais das décadas anteriores fossem revertidos.

¹⁰⁹ Ver HALL, Kermit L. in in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 62-63.

¹¹⁰ HALL, Kermit L. in in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 62-63.

CAPÍTULO 03: AS TEORIAS INTERPRETATIVAS E AS REPERCUSSÕES POLÍTICAS DO PROCESSO INFORMAL DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

1. A necessidade de teorias interpretativas na justificação do processo informal de mudança da Constituição

Uma detida análise da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana ao longo do século XX demonstra que movimentos políticos e sociais ditaram o ritmo e o conteúdo da revisão constitucional, a qual ocorreu quase que exclusivamente – e certamente em todos os aspectos mais relevantes – por meio da interpretação. A Corte decidiu feições fundamentais da aplicação dos direitos individuais, regulou relações econômicas, a intervenção federal nos estados, as políticas públicas em nível federal e estadual e o sistema de representação política.

O debate acerca do controle judicial de constitucionalidade passou por dois grandes períodos nesse intervalo, os quais compreenderam discussões igualmente relevantes e ainda não resolvidas, mas que se sucederam enquanto foco principal da doutrina em meados da década de 1980.

A primeira grande controvérsia gerada pelo sistema estabelecido em *Marbury vs. Madison* e que resultou na aplicação do processo informal de mudança constitucional nasceu em meados do século XX, quando o ativismo judicial praticado durante a Era Lochner pela primeira vez levou a um questionamento generalizado acerca da legitimidade do poder judiciário para intervir nos processos políticos e sociais indiscriminadamente. O controle econômico realizado pela Suprema Corte no período, pautado numa perspectiva liberal longe de ser um consenso social, evidenciou as consequências negativas de um judiciário ativista, em um período no qual a economia se tornou abruptamente a principal preocupação social.

A partir de então, questionamentos cada vez mais eloquentes a respeito da interferência do judiciário em questões políticas – a exemplo dos programas governamentais de regulação econômica – colocaram em xeque a própria existência de um controle judicial de constitucionalidade. A resposta veio por dois planos; politicamente, Franklin Delano Roosevelt armou-se contra a Suprema Corte com a proposta do *Court Packing Plan*, a qual, mesmo jamais implementada, fez a Corte recuar em sua orientação ativista na questão econômica. E

juridicamente, as primeiras teorias auto-restritivas ganharam forma e conquistaram espaço na doutrina, até se tornarem o centro orientador da Corte por quase duas décadas.

É num contexto de questionamento acerca da legitimidade democrática da Suprema Corte que Thayer desenvolve sua regra do erro claro, preocupando-se com os efeitos que os erros de um ente sem representatividade pudessem exercer nos fundamentos da democracia; e que Harlan Stone, escrevendo a nota de rodapé n. 04 em *United States vs. Carolene Products Co.*, procura concentrar a atenção da Corte em um controle do processo democrático que de fato as instâncias representativas não poderiam adequadamente exercer, afastando o foco do conteúdo substantivo da Constituição.

Essa discussão certamente não perdeu em nenhum grau sua relevância nos dias atuais. O controle judicial de constitucionalidade, embora firmemente consolidado em vários sistemas – certamente no norte-americano, e também no nosso –, longe de ser uma resposta absoluta, ainda encontra relutância em sua implementação em várias partes. Mesmo nos sistemas em que, já integrado, tornou-se regra de difícil reversão, é acompanhado constantemente pela dificuldade contramajoritária, que pauta especialmente o plano político de análise da interpretação constitucional¹¹¹.

¹¹¹ Há uma tendência ainda minoritária, embora crescente em sua influência doutrinária, de buscar alternativas ao controle judicial de constitucionalidade como implementado na maioria dos sistemas constitucionais modernos. Jeremy Waldron é um dos principais nomes dessa corrente. Embora tome por base o sistema inglês para formular sua teoria em favor de um controle legislativo de constitucionalidade, é atualmente professor universitário nos Estados Unidos, e segue contribuindo com o debate acerca do papel do judiciário no sistema constitucional e sua legitimidade no exercício do controle. Sobre o controle judicial de constitucionalidade, afirma que “In countries that do not allow legislation to be invalidated in this way, the people themselves can decide finally, by ordinary legislative procedures, whether they want to permit abortion, affirmative action, school vouchers, or gay marriage. They can decide among themselves whether to have laws punishing the public expression of racial hatred or restricting candidates’ spending in elections. If they disagree about any of these matters, they can elect representatives to deliberate and settle the issue by voting in the legislature.” (WALDRON, *The Core of The Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal. vol. 115, 2006, pp.1349). Por outro lado os defensores do *judicial review* não podem deixar de enfrentar a questão da legitimidade. Enquanto os moderados procuram soluções capazes de minimizar os danos, como Cass Sunstein com a teoria minimalista ou John Hart Ely com a releitura da teoria lançada na nota de rodapé n. 04 de *Carolene* como uma teoria adjetiva dos valores, os adeptos ao ativismo não conferem à dificuldade contramajoritária o condão de inviabilizar o exercício do controle judicial de constitucionalidade. Ronald Dworkin, um notório adepto do controle ativista e não-interpretativista, procura em sua obra minimizar a questão da legitimidade, preocupando-se em destacar que a presença de elementos não democráticos em uma democracia não é uma exceção, mas uma regra recorrente: “Complaining that the Supreme Court is undemocratic begs the question. The Court is part of the Constitution, which in its inception was rich in undemocratic features, such as the indirect election of the President and of the Senate, and a highly restricted franchise. The Constitution still has major undemocratic features. They include the method of apportionment of the Senate, which results in weighting the votes of people in sparsely populated states much more heavily than the votes of people in densely populated states; The election of President on the bases of electoral rather than popular votes, which could result in the election of a candidate who had lost the popular vote; the expansion of constitutional rights brought about by the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment, which curtails the powers of the elected branches of government; and, of course,

Nos Estados Unidos, entretanto, uma série de fenômenos jurídicos, políticos e sociais nas décadas de 1960 e 1970 afetaram profundamente a jurisdição constitucional, causando uma mudança de paradigma nos debates acerca do controle da constitucionalidade, o qual se perpetua até os dias atuais.

A Suprema Corte norte-americana passou, ao longo do último século, por dois períodos de orientação política majoritariamente ativista. O primeiro, iniciado ainda na última década do século XIX e estendido até 1937 compreende a chamada Era Lochner, um período em que a Corte tomou as rédeas da regulação econômica estatal, virtualmente impedindo o avanço da intervenção estatal na economia, por um lado, e a implementação dos direitos trabalhistas, por outro, em prol dos ideais do liberalismo econômico.

Entretanto, na década de 1930 os Estados Unidos foram assolados pela Grande Depressão, e a recuperação econômica foi revestida de nova importância, enquanto o liberalismo econômico conheceu inédita impopularidade. A auto-regulação da economia, prometida pelo liberalismo, não se concretizou, levando a um colapso que trouxe desemprego e fome. Nesse contexto, a defesa veemente do liberalismo pela Suprema Corte por mais de quatro décadas se tornou uma lembrança ingrata, e o ativismo judicial, assim como o liberalismo econômico, passou a ser visto com cautela e até mesmo rejeição. Esse conturbado contexto econômico e social foi em grande parte responsável pela geração do debate acerca da legitimidade democrática do judiciário no exercício do controle de constitucionalidade.

Por outro lado, o segundo período ativista da Suprema Corte, compreendido pelas Eras Warren e Burger, deixou uma herança muito diferente. No período compreendido entre 1953 e 1986, o país conheceu imensas conquistas sociais. Do fim da segregação racial à reforma do processo penal, da valorização do papel social da mulher e a igualdade de gêneros ao desenvolvimento da liberdade de expressão, os direitos civis alcançaram uma expansão inédita nesse período, em grande parte atribuída à atuação ativista da Suprema Corte.

Muito embora o avanço da Suprema Corte a áreas mais controversas como o aborto tenha gerado ondas de apreensão que eventualmente encerraram a era ativista em prol de uma nova tendência auto-restritiva, os direitos assegurados através da atuação ativista da Suprema Corte no

lifetime appointment of federal judges who exercise considerable political power by virtue of the expansion of rights to which I just referred. The Supreme Court is certainly undemocratic in a sense, but not in a sense that makes it anomalous in the political system created by the Constitution (...).” (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 61).

período são até os dias atuais celebrados como grandes conquistas do constitucionalismo. A jurisprudência das Cortes Warren e Burger concentra alguns dos precedentes mais controversos da história constitucional norte-americana, mas nem mesmo os mais ferrenhos críticos do ativismo judicial propõe a reversão das decisões que possibilitaram o fim da segregação racial ou o estabelecimento dos direitos de Miranda.

Essas indiscutíveis conquistas sociais, obtidas através do ativismo judicial, evidenciaram a insuficiência das teorias auto-restritivas, incapazes de justificar a atuação da Corte no período, e fizeram nascer um novo ímpeto, de racionalizar essas decisões essenciais como legítimas no sistema constitucional vigente. Essa tendência racionalizadora fez nascer na doutrina norte-americana um esforço hermenêutico em níveis nunca antes vistos.

A questão da legitimidade democrática, ainda existente, foi sobreposta por temas acerca da legitimidade metodológica: a interpretação constitucional tornou-se o centro do debate acadêmico, e as teorias interpretativas foram desenvolvidas para invalidar ou fundamentar nuances da produção jurisprudencial da Suprema Corte americana ao longo do século XX. A segunda grande controvérsia no âmbito do debate acerca do controle judicial de constitucionalidade tomou forma através dessas teorias interpretativas, e na busca por discernir métodos jurídicos de interpretação de injustificáveis expressões de vontade política por parte da Corte.

Desse modo, é com base em todo o contexto histórico considerado que se passa à análise das principais teorias interpretativas hoje integrantes do debate vigente na doutrina constitucional norte-americana, com o intuito de melhor compreender como esse debate faz referência às relações entre o direito e a política no âmbito das mudanças informais da Constituição.

2. As teorias doutrinárias acerca da interpretação constitucional

2.1. Interpretativismo estrito: o originalismo

O originalismo é uma teoria interpretativa que surgiu em meados da década de 1970, tendo por um de seus primeiros expoentes Raoul Berger, que em 1977 publicou extensa obra

criticando a interpretação extensiva conferida pela Suprema Corte à décima quarta emenda à Constituição, em especial durante a Era Warren¹¹².

Berger defendeu que as escolhas feitas pelo povo soberano estão positivadas na Constituição, e o papel do judiciário seria meramente o de concretiza-las, e não o de construir novos direitos, usurpando o papel dos representantes eleitos. A tarefa de concretizar dos preceitos constitucionais, segundo Berger, somente poderia ser atingida através da interpretação da Constituição segundo seu *significado original*.

No entanto, as ideias de Berger somente ganhariam força ao fim da Era Burger, quando a Suprema Corte mais uma vez abandonou a postura ativista. A Corte Rehnquist reviveu os ideais da auto-restrição, e simbolizou o início de um período de intensa discussão hermenêutica. Nesse contexto, Antonin Scalia foi nomeado justice em 1986, e viria a se tornar o maior expoente do originalismo, desenvolvendo-o doutrinariamente e aplicando-o em suas decisões na Corte.

Assim como defendeu Berger, o originalismo de Scalia é construído como uma teoria interpretativista estrita que defende o “significado original” das provisões constitucionais como única fonte legítima para a interpretação constitucional. Em um artigo publicado em 1989¹¹³, o autor defendeu sua eleição pelo originalismo, reconhecendo os principais problemas da teoria e criticando veementemente a corrente não-interpretativista.

Nesse sentido, o autor inicialmente defende que o não-interpretativismo é incompatível com o princípio que legitima o controle judicial de constitucionalidade. Assim, aduz que a Constituição somente pode ser interpretada pelo judiciário como lei – embora certamente uma lei superior, com o que sustenta que a Constituição é um documento de significado completo, como qualquer outra lei, rejeitando a ideia vinculada pela doutrina do *living constitutionalism* de que a Constituição teria um significado “aberto” e evolutivo¹¹⁴. Se assim não fosse, conforme defende o originalismo, não seriam as cortes, mas as instâncias políticas representativas, em especial o legislativo, as indicadas para realizar a interpretação da Constituição.

¹¹² Ver BURGER, Raoul. *Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

¹¹³ Ver SCALIA, Antonin. *Originalism: the lesser evil*. Cincinnati Law Review, vol. 57, 1989, pp. 849-865.

¹¹⁴ Nesse sentido, segundo o autor “Central to the analysis, it seems to me, is the perception that the Constitution, though it has an effect superior to other laws, is in its nature the sort of “law” that is the business of the courts – an enactment that has a fixed meaning ascertainable through the usual devices familiar to those learned in the law.”. (SCALIA, Antonin. *Originalism: the lesser evil*. Cincinnati Law Review, vol. 57, 1989, pp. 854).

A principal virtude e o carro-chefe do originalismo é justamente fornecer uma alternativa que contorna o problema da legitimidade democrática no exercício do controle de constitucionalidade: se a Corte simplesmente se atém ao significado original, não estará usurpando a vontade popular, mas honrando a escolha dos constituintes, dotados de soberania popular absoluta.

Scalia não está alheio, entretanto, às críticas teóricas frequentemente feitas ao originalismo, em especial a dificuldade de aplicá-lo corretamente. A definição do tão comentado “significado original”, que encontra enormes dificuldades em seu próprio conceito¹¹⁵ e demanda de todo modo extensa pesquisa histórica, se torna cada vez mais difícil, segundo o próprio autor, conforme a carga de processos a serem apreciados pela Suprema Corte cresce e a pressão por julgamentos mais rápidos e eficientes aumenta concomitantemente. Scalia admite que, cada vez mais, o sistema judicial de controle de constitucionalidade ‘não é ideal para uma pesquisa histórica acurada’ (*accurate historical inquiry*)¹¹⁶.

Além das dificuldades que atingem o núcleo teórico do originalismo, Scalia conhece as críticas de fundo pragmático de que a aplicação da teoria originalista levaria à reversão de precedentes essenciais e consequentemente a resultados políticos inaceitáveis. É nesse sentido que o autor se declara um originalista “tímido” (*faint-hearted originalist*), capaz de aceitar precedentes não condizentes com a teoria originalista porque são precedentes consolidados e porque as mudanças sociais trazidas por eles são hoje irreversíveis.

Entretanto, o autor ainda assim se alia ao originalismo por considera-lo um mal menor em relação aos seus rivais não-interpretativistas. Primeiramente, porque leva a necessidade de legitimidade teórica no plano da interpretação constitucional a sério; ademais, porque considera o originalismo uma teoria mais condizente com o propósito de um sistema democrático, tocando mais uma vez na frágil questão da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. Nesse sentido, comenta que:

The purpose of constitutional guarantees – and in particular those constitutional guarantees of individual rights that are the center of this controversy – is precisely to prevent the law from reflecting certain changes in original values that the society adopting the constitution thinks fundamentally undesirable. Or, more precisely, to

¹¹⁵ Ver, abaixo, as críticas de Mark Tushnet acerca da definição do significado original.

¹¹⁶ SCALIA, Antonin. *Originalism: the lesser evil*. Cincinnati Law Review, vol. 57, 1989, pp. 861.

require the society to devote the subject the long and hard consideration required for a constitutional amendment before those particular values can be cast aside.¹¹⁷

Assim, Scalia situa seu originalismo em ambos os planos de análise da interpretação: uma teoria interpretativista estrita porque não aceita qualquer fonte externa à Constituição como legítima fonte de interpretação constitucional, e uma teoria adepta à auto-restrição, porque pretende, no melhor espírito Madisoniano, que a sociedade demonstre cautela em suas mudanças constitucionais, para evitar resultados inaceitáveis no campo prático, e uma invasão da seara de outros poderes pelo judiciário, no campo teórico.

O originalismo talvez seja a mais criticada dentre as teorias interpretativas hoje em voga no debate doutrinário norte americano. Em grande parte pela imensa dificuldade em sua aplicação, uma vez que não apenas o número de situações com as quais a Corte se confronta que os constituintes originários simplesmente não poderiam ter imaginado é imenso, diante das circunstâncias radicalmente diferentes do país nos dias atuais, mas também o próprio conceito de significado original é de difícil definição, gerando inconsistências conforme a teoria é contemplada por diferentes intérpretes.

As principais críticas ao originalismo foram abordadas por Mark Tushnet em 1983, quando critica o originalismo com base no apelo realizado pelo *Attorney General* do governo Reagan, Edwin Meese, para que as Cortes retornassem ao “significado original” da Constituição, numa tentativa do governo de influenciar o comportamento da Suprema Corte que nascia naquele momento de um pós-choque conservador de mais de trinta anos de jurisprudência ativista e de cunho liberal, e que finalmente parecia se aproximar do fim com a aposentadoria de Warren Burger e a escolha de William Rehnquist como *Chief Justice*.

Meese apontou na ocasião a teoria originalista como a melhor forma de reconciliar a limitação aos atos de governo e a democracia, destacando que mantendo-se em respeito à intenção dos constituintes, as cortes não invadirão a seara dos demais poderes, nem tomarão para si poderes de restrição de atos de governo que nunca lhe couberam (o que, segundo a ala conservadora, a Suprema Corte fez reiteradamente durante os anos das Cortes Warren e Burger).

As críticas de Tushnet à teoria originalista recaem primordialmente sobre o conceito de “significado original”, em detrimento de outras críticas frequentemente ligadas ao originalismo, chegando a afirmar que “*The jurisprudence of original intent is wrong, not primarily because it*

¹¹⁷ SCALIA, Antonin. *Originalism: the lesser evil*. Cincinnati Law Review, vol. 57, 1989, pp. 862.

produces results that are incompatible with the political preferences of today's liberals, but because 'original intent' just doesn't make any sense at all."¹¹⁸

Segundo o autor, os questionamentos que permeiam o conceito do “significado original” não podem ser contornados. Além de ser necessário definir as intenções de quem serão levadas em conta – e ainda que isso fosse tarefa fácil, ou mesmo possível – seria preciso lidar com o fato de que mesmo entre os constituintes encontraríamos visões diferentes e até mesmo opostas.

Assim, para Tushnet a intenção dos constituintes em relação a determinado dispositivo constitucional não é capaz de guiar o exercício da interpretação, seja porque muitas vezes não se sabe quais intenções devem ser consideradas, seja porque ainda que se soubesse, e tais intenções fossem conhecidas, seria impossível conciliar as diferentes visões existentes em uma só intenção.

No entanto, a questão da definição do significado original voltou a ser analisada por Scalia posteriormente, e as críticas geraram uma nova formulação teórica, que substituiu, no originalismo tradicional, a noção de significado original como a indecifrável intenção original dos constituintes por uma noção do significado público à época da promulgação da Constituição. Nesse sentido, Cass Sunstein esclarece que:

(...) some of the most committed originalists, including Justice Scalia himself, contend that what matters is the original public meaning of the document, not intentions at all. They defend their interest in the original public meaning, as opposed to the original intentions, on the entirely plausible ground that public meaning is objective, not subjective, and that what matters is the standard understanding among the Constitution's ratifiers, not what the authors 'intended'. After all, the ratifiers, and not the authors, turned the Constitution into law.¹¹⁹

A noção de defesa do sentido publico parece muito mais defensável do que meramente as intenções do constituinte originário. Ela remete ao pensamento coletivo e ao princípio democrático que ensejam a ideia de que a vontade do povo estaria expressa no texto constitucional, uma concepção que servirá de base ao argumento interpretativista, e foi adotada de forma generalizada pela teoria originalista.

Por outro lado, é impossível ignorar o fato de que lidamos hoje com problemas e situações que os constituintes simplesmente não poderiam ter antecipado, e de nenhuma forma isso nos permite não aplicar a Constituição a situações modernas; o texto Constitucional vincula

¹¹⁸ TUSHNET, Mark. *The United States Constitution and the intent of the framers*. Buffalo Law Review, vol. 96, 1983, pp. 36.

¹¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009, pp. 65.

toda situação jurídica, e se os constituintes não poderiam ter tido qualquer intenção sobre determinada situação, simplesmente porque não a conheciam, naturalmente deveremos buscar outras fontes para interpretar os dispositivos constitucionais.

A partir de suas premissas, o originalismo nega a validade em larga medida da jurisprudência ativista das Cortes Warren e Burger. Embora a versão ‘tímida’ de Scalia providencie um resultado mais aceitável, em que avanços sociais como o fim da segregação e os direitos das mulheres não seriam revertidos, de forma geral os resultados produzidos pela aplicação da teoria originalista não são vistos com bons olhos¹²⁰.

De fato, em última instância a rejeição generalizada ao originalismo decorre justamente da impossibilidade de aplicá-lo integralmente, e da insegurança causada por uma teoria que somente empresta racionalidade às decisões judiciais em algumas situações. O originalismo aplicado à jurisprudência da Suprema Corte ao longo do século XX não apenas geraria uma situação fática inaceitável, mas juridicamente pregaria o total desrespeito à doutrina do precedente que é a base do sistema constitucional norte-americano. Esse prognóstico de um aproveitamento retroativo do originalismo acaba por desacreditar a qualidade de decisões futuras produzidas por sua aplicação.

2.2. Não-interpretativismo estrito: a moralidade na Constituição e a *living Constitution*

Ao mesmo tempo em que ganhavam força teorias interpretativas capazes de gerar uma reação conservadora ao ativismo liberal das décadas de 1950, 1960 e 1970, notadamente o originalismo como principal vertente dessa tendência, defensores da jurisprudência das Cortes Warren e Burger procuravam se alinhar a teorias capazes de justificar e racionalizar os avanços sociais conquistados no período.

Seria a primeira vez na história constitucional norte-americana que um modelo teórico procuraria adequar o ativismo judicial como legítimo exercício do poder das Cortes, gerando uma nova filosofia baseada em aspectos como a supremacia de alguns direitos considerados fundamentais e a necessidade de uma Constituição adequada às frequentes mudanças sociais, posicionando o judiciário, por um lado, como o defensor supremo desses valores fundamentais

¹²⁰ Ver, abaixo, a crítica de Jack Balkin aos efeitos do *faint hearted originalism*.

frente à maioria, e por outro, como o vetor de comunicação entre o texto constitucional e os mutáveis anseios do povo.

2.2.1. A leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin foi provavelmente o mais influente defensor da jurisprudência ativista das Cortes Warren e Burger no contexto doutrinário norte-americano. O autor elaborou uma teoria substantiva dos valores que empresta legitimidade às decisões ativistas proferidas no período a partir da premissa de que existem direitos morais especialmente importantes – direitos *fundamentais* individuais – que devem ser defendidos pelo sistema constitucional. Desse modo, Dworkin determina que a Constituição deve ser interpretada, em suas cláusulas abertas, com base nesses valores morais fundamentais.

Tal escolha se justifica a partir de um complexo raciocínio que se inicia nas origens da Constituição. Dworkin vê com desconfiança o instituto da democracia enquanto governo da maioria. Ele não é o único – os perigos da tirania da maioria são argumentos comuns no âmbito jurídico, em especial quando se busca justificar a interferência da Corte Constitucional, enquanto ente não eleito, em um processo que por natureza deveria ser de índole democrática.

A relativização do princípio majoritário, inerente à democracia, segundo Dworkin está inserido na própria teoria constitucional. Nesse sentido, afirma que:

The constitutional theory on which our government rest is not a simple majoritarian theory. The Constitution, and particularly the Bill of Rights, is designed to protect individual citizens and groups against certain decisions that a majority of citizens might want to make, even when that majority acts in what it takes to be the general or common interest.¹²¹

Assim, a interferência com práticas democráticas por meio da interpretação constitucional estaria plenamente justificada pela necessidade de se proteger os direitos morais dos indivíduos dos avanços da maioria, de modo que os próprios constituintes esperavam que cláusulas abertas fossem preenchidas com tais direitos¹²².

¹²¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 132-133.

¹²² Dworkin deixa claro seu posicionamento ao afirmar: “This interference with democratic practice requires a justification. The draftsmen of the Constitution assumed that these restraints could be justified by appeal to moral rights which individuals possess against the majority, and which the constitutional provisions, both ‘vague’ and

Para justificar tal conclusão, Dworkin diferencia *conceitos* de *concepções*¹²³, que seriam as interpretações, ou aplicações, desses conceitos, relacionando as cláusulas fechadas da Constituição às concepções e as cláusulas abertas ou vagas aos conceitos. Nesse sentido, defende que os constituintes, ao incluírem conceitos sem concepções específicas correspondentes no texto da Constituição, o fizeram de forma deliberada, com o intuito de não limitar a aplicação do conceito a uma série determinada de concepções. Afinal, se fosse a intenção dos constituintes realizar tal limitação, teriam encontrado a linguagem adequada para fazê-lo¹²⁴.

Se por um lado essa construção é capaz de relevar o plano não-interpretativista da teoria de Dworkin, no plano político resta justificar o que torna o *judiciário* a instância adequada para anular e até mesmo substituir concepções aplicadas por entes representativos como o legislativo. É nesse sentido que o autor defende, não obstante as diferentes concepções que podem ser extraídas das cláusulas abertas, a existência de uma *única resposta correta*, ao elevar uma concepção específica como aquela moralmente correta.

Para tanto a partir da diferenciação entre *princípios* e *normas*, Dworkin estabelece o conceito de integridade, fundamental em sua teoria. Segundo o autor, enquanto as normas jurídicas podem ser classificadas como tais em decorrência de seu processo formal de criação, os princípios serão justificados pela função que exercem no sistema jurídico, ao assegurarem um direito essencial ou uma meta coletiva. Assim, considerando a teoria da única resposta correta, para o autor os princípios que asseguram ideais de justiça integram um projeto único.

precise, might be said to recognize and protect.” (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 133).

¹²³ A exposição de Dworkin acerca do tema se dá por meio de exemplos, como quando afirma que “Suppose I tell my children simply that I expect them not to treat others unfairly. I no doubt have in mind examples of the conduct I mean to discourage, but I would not accept that my ‘meaning’ was limited to these examples, for two reasons. First I would expect my children to apply my instructions to situations I could not and would not have thought about. Second, I stand ready to admit that some particular act I had thought was fair when I spoke was in fact unfair, or vice versa, if one of my children is able to convince me of that later; in that case I should want to say that my instructions covered the case he cited, not that I had changed my instructions. I might say that I meant the family to be guided by the *concept* of fairness, not by any specific *conception* of fairness I might have in mind.” (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 134).

¹²⁴ “If those who enacted the broad clauses had meant to lay down particular conceptions, they would have found the sort of language conventionally used to do this, that is, they would have offered particular theories of the concepts in question.” (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 136). É uma visão que se opõe integralmente ao interpretativismo, na medida em que afirma-se que a própria natureza e objetivo da Constituição exigiriam a interferência de elementos exógenos ao texto na concretização dos direitos inscritos. A noção de que a intenção do constituinte, mediante o uso de expressões gerais e vagas, seria justamente permitir que elementos exógenos essenciais fossem considerados na aplicação nas normas constitucionais, já explorada anteriormente, torna inaplicáveis as teorias interpretativistas, e é o argumento mais comumente utilizado pelas diversas correntes do não interpretativismo em críticas à corrente oposta.

Tal construção no plano político justifica em larga medida a atuação ativista do judiciário como uma instância contra majoritária, que atua na defesa de direitos individuais essenciais ameaçados pela vontade da maioria (expressa nas ações dos representantes legislativos e governantes).

Contra a teoria substantiva de Dworkin já foram formuladas toda sorte de críticas, a maioria das quais, em verdade, impulsionadas pela discordância gerada pelos autoproclamados posicionamentos políticos do autor. Mas ainda assim alguns argumentos parecem irrefutáveis. Dworkin não é capaz de invalidar o fato de que sua teoria da única resposta correta, ao eleger um padrão moral que toda a sociedade deve igualmente seguir, é tão incompatível com o pluralismo social quanto a noção originalista de que a única concepção válida é aquela eleita pelos constituintes. Sua construção da Corte Constitucional como uma instância contramajoritária, por outro lado, parece ter tornado o autor imune aos argumentos da ausência de legitimidade democrática do judiciário, embora a questão não seja tão facilmente contornável quanto procura defender.

2.2.2. A *living Constitution* de David Strauss

O não-interpretativismo estrito também toma a forma de uma leitura evolutiva da Constituição. Segundo David Strauss, a *living Constitution* é aquela que evolui, muda ao longo do tempo, e se adapta a novas circunstâncias, sem ser formalmente emendada¹²⁵. Para o autor a *living constitution* nos Estados Unidos já não é uma alternativa, mas uma realidade, impulsionada, em grande parte, pelo congelamento do processo formal de emenda conforme descrito por Bruce Ackerman¹²⁶.

O autor sustenta que o resultado desse congelamento, descrito por Ackerman como a perda, pelo povo americano, da habilidade de escrever suas provisões constitucionais, é de que o sistema constitucional americano se tornou um sistema de *common law*, baseado em costumes e principalmente em precedentes, e não mais nos princípios positivados na Constituição.

¹²⁵ STRAUSS, David. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, pp. 01.

¹²⁶ Ver a descrição do posicionamento de Ackerman acerca das mudanças informais da Constituição norte-americana em 3.1.

A partir da abordagem do *common law*, Strauss justifica a evolução do constitucionalismo americano através do respeito aos precedentes, primordialmente. A partir de um relato minucioso de grandes conquistas em direitos fundamentais, como a igualdade racial e a liberdade de expressão, o autor demonstra passo a passo como tais conquistas não se originaram de um ímpeto da Suprema Corte, mas de uma longa e lenta abertura jurisprudencial, em que a Corte, acompanhando as mudanças sociais, cedeu aos poucos os espaços requisitados, com um precedente baseando o próximo até que toda uma cadeia evolutiva servisse de justificação aos superprecedentes constitucionais, como *Brown vs. Board of Education*.

Strauss defende o *living constitutionalism* como a antítese do originalismo, e tece duras críticas à teoria originalista, tanto de um ponto de vista teórico quanto de um pragmático. Inicialmente, o autor se volta à análise do originalismo ‘tradicional’ ou ascendente – aquele defendido precipuamente por Antonin Scalia e seus seguidores. Em relação ao originalismo definido como interpretativista estrito, Strauss não mede palavras para destruir seus fundamentos, a começar pela análise de suas consequências práticas. Em uma longa lista das nefastas consequências da adoção do originalismo, inclui a constitucionalidade da segregação racial em escolas públicas e da discriminação de gênero, a não aplicação da Carta de Direitos aos estados, a violação do princípio de “um homem, um voto”, entre outros, fazendo menção a alguns dos principais precedentes ativistas fixados pela Suprema Corte e criticados pelos originalistas.

Assim, alude, por um lado, à incompatibilidade da teoria originalista com a realidade constitucional americana, uma vez que se mostra impraticável a reversão de tantos precedentes consolidados e essenciais à cultura constitucional do país; e por outro, critica fortemente a versão “tímida” do originalismo defendida por Scalia, que acabaria por retirar da teoria sua maior qualidade: a segurança de limitar a atuação dos juízes.

Por adotar a teoria de que os Estados Unidos hoje possuem um sistema de *common law*, Strauss vê com cautela a importância geralmente conferida à Constituição escrita. Embora sejam injustas as críticas de que o autor “decretou a morte da Constituição escrita”, ele confere ao texto constitucional papel bastante distinto da maioria dos constitucionalistas contemporâneos.

Segundo Strauss, o texto constitucional – composto majoritariamente por provisões procedimentais – ofereceria um terreno comum sobre o qual pessoas que discordam sobre questões constitucionais poderiam concordar. O autor observa que:

The reason we do not engage in fancy forms of interpretation that would permit us to question the requirement of equal representation in the Senate, or the citizenship qualification for president, or other “textual” resolutions of issues, is that the leading function of the text – to provide a ready-made solution that is widely acceptable – would be subverted by interpretations of the text that struck most people as contrived.¹²⁷

No entanto, ainda que se concedesse o argumento em relação às questões procedimentais do texto constitucional, o mesmo certamente não pode ser dito em relação às inúmeras cláusulas substanciais existentes no texto e, principalmente, nas emendas. Certamente o povo americano não está disposto a abrir mão de seus próprios ideais de justiça em nome de uma solução menos gravosa. Nesse sentido, Strauss observa apenas que a “feliz coincidência” de encontrar correspondência entre determinada posição e o texto escrito serve à função de dirimir, ainda que minimamente, a controvérsia.

Por outro lado, embora não possa negar a significância substantiva das mais célebres emendas à Constituição, em especial as dez primeiras emendas e a décima quarta, Strauss afirma que as emendas mais recentes servem meramente ao propósito de resolver questões não muito controversas, mas que precisam ser definidas claramente. Já as mudanças verdadeiramente relevantes podem ser observadas através da lenta evolução jurisprudencial típica do *common law*, sem qualquer correspondência textual. É o caso do crescimento do poder federal em detrimento do poder estatal, e do crescimento do poder do presidente.

Em um debate realizado em 2012¹²⁸, Jack Balkin criticou a teoria de Strauss em vários aspectos. Na própria essência da doutrina da *living Constitution*, rejeitou a premissa de que as Cortes seriam meramente instrumentos de *tradução* das mudanças sociais, afirmando que participam ativamente desse processo de modificação social, influenciando-o de várias maneiras. Segundo Balkin, isso pode ser facilmente comprovado quando se observam momentos de revolução constitucional, como o *New Deal* ou a revolução dos direitos civis da década de 1960, que caracterizam mudanças abruptas e intensas na jurisprudência, as quais dificilmente poderiam ser caracterizadas como exemplos do desenvolvimento lento e gradual do *common law*.

Essa inconsistência também se revela na concepção, típica do *common law*, de que os precedentes somente serão abandonados ou revertidos se e quando se tornarem inaplicáveis ou inconsistentes, o que geralmente denota mudanças em elementos fáticos e circunstanciais nos

¹²⁷ STRAUSS, David. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, pp. 106.

¹²⁸ Simpósio intitulado *Originalism and Living Constitutionalism*, publicado em julho de 2012 no Boston University Law Review, vol. 92, n. 04.

quais se baseiam precedentes antigos. Tal situação certamente não é aplicável a todas as reversões jurisprudenciais no contexto norte-americano; não apenas precedentes podem ser revertidos porque novos juízes discordam das noções de moral, proporcionalidade e política que antigos juízes emprestaram a seus precedentes, mas também as mudanças abruptas características das revoluções constitucionais certamente não se baseiam em um desgaste temporal de precedentes revertidos ou invalidados. Nesse sentido, o autor observa que:

If constitutional construction by federal courts is part of an existing constitutional regime, we might expect that courts will respond to significant shifts in politics, especially those that presage a new political era. Rapid and sustained political changes are likely to be followed by rapid changes in constitutional doctrine; political revolutions are likely to be accompanied by constitutional revolutions. That is because major political shifts create new problems of legitimacy for courts to solve. Such changes may not occur smoothly, and they may feature fairly sharp breaks in constitutional understandings.¹²⁹

Balkin observa, ademais, que Strauss parece esquecer que o texto constitucional serve a uma série de propósitos de cunho político que em muito ultrapassam a conveniência de encontrar uma decisão ‘aceitável’ para todos; os preceitos positivados, no direito constitucional, são a base sob a qual se firma a interpretação constitucional, seja na aferição de significado ou na construção constitucional; o texto é o limite primário ao desempenho dos interpretes, que determina e relembra os pilares fixados pelo próprio povo para sua governança e traça linhas intransponíveis para qualquer ramo do Estado que não o próprio poder soberano, através do processo democrático de emenda à Constituição.

2.3. Não-interpretativismo moderado: a releitura de John Hart Ely

Em meados de 1980, John Hart Ely publicou a obra *Democracy and Distrust*, na qual apresentou sua proposta de teoria interpretativa da Constituição. A teoria de Ely, amplamente vista como uma releitura da teoria não-interpretativista moderada aplicada pela Suprema Corte no período compreendido entre 1937 e 1953, inicialmente proposta na nota de rodapé n. 04 do caso *United States vs. Carolene Products Co.*, compreende três momentos de especial relevância: (i) a análise e crítica do interpretativismo, (ii) a análise e crítica das teorias não-interpretativistas

¹²⁹ BALKIN, Jack M. *The roots of the living constitutionalism*. Boston University Law Review, vol. 92, n. 04, 2012, pp. 1.151.

estritas, com destaque à teoria substantiva dos valores de Ronald Dworkin e (iii) a apresentação de sua teoria *adjetiva* dos valores, como uma alternativa favorável ao desenvolvimento constitucional.

Ainda no ano de 1978, escrevendo sobre o interpretativismo, Ely observou que a teoria parecia entrar em um período de relativa popularidade. Naquele período, em que a corte Burger completava sua primeira década, as repercussões causadas pela controversa decisão de *Roe vs. Wade* cresciam cada vez mais, e o movimento conservador ensaiava os primeiros passos de uma união em busca da reversão de *Roe*, bem como de diversos outros precedentes de linha não-interpretativista e liberal que permearam a jurisprudência das cortes Warren e Burger.

Inicialmente, Ely apontará três pontos de atração da teoria interpretativista, de perspectivas bastante distintas. Primeiramente, dirá que o interpretativismo se mostra mais compatível com a própria ideia de interpretação; no ato de interpretar qualquer texto é natural, e quase instintivo, procurar entender as intenções do autor e ater-se a conclusões que derivam daquilo que está expressamente disposto. Assim, concluirá que o interpretativismo é a teoria que corresponde às preconcepções relacionadas à interpretação normativa.

Ademais, o autor sustentará que o interpretativismo determina de forma mais clara do que a corrente rival não-interpretativista é capaz (principalmente porque, enquanto a corrente não-interpretativista encontra em cada um dos autores que a defendem um fundamento divergente em sua fundamentação, os defensores do interpretativismo convergem ao ‘significado original’ como fundamento de sua teoria) o papel que espera-se seja exercido pelo poder judiciário no exercício do controle de constitucionalidade. Essa determinação clara limita, por consequência, de forma satisfatória o papel dos juízes no âmbito do controle, o que facilita a análise da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade.

Isso porque a principal atração do interpretativismo está justamente na recorrente dificuldade que encontra a teoria oposta – o não-interpretativismo – em conciliar-se com os ideais democráticos¹³⁰. Afinal, o interpretativismo nada mais é do que a análise da vontade do povo que promulgou a Constituição, dizem seus defensores. Enquanto isso, por seu lado, o não-

¹³⁰ Segundo Ely: “Thus the recurring embarrassment of the noninterpretivists: majoritarian democracy is, they know, the core of our entire system, and they hear in the charge that there is in their philosophy a fundamental inconsistency therewith something they are not quite sure they can deny.”. (ELY, John Hart. *Constitutional interpretivism: its allure and impossibility*. Indiana Law Journal, Vol. 53, 1978, pp. 411).

interpretativismo representa a insurreição de um órgão não eleito contra a vontade da maioria, sob o argumento de proteção das minorias.

No entanto tal perspectiva, segundo o autor, olvida-se de alguns pontos fundamentais no que se refere à democracia e à interpretação. O primeiro é que não há real compatibilidade democrática na noção que defende uma vontade do povo imutável (como seria aquela que promulgou o texto constitucional). Ora, se a vontade do povo fosse imutável e não-renovável, não haveria necessidade de eleições periódicas em um sistema democrático; bastaria que a maioria expressasse uma vez sua vontade através do voto.

O segundo se refere aos limites do regime democrático sob a égide constitucionalista, já apontados por Dworkin¹³¹. A existência de elementos não democráticos em um sistema de índole majoritária não significa incompatibilidade absoluta com a democracia, mas se justificam enquanto meios para atingir os objetivos do Estado Democrático de Direito.

O terceiro diz respeito à natureza aberta das normas constitucionais. É inegável a deliberabilidade do legislador em conferir tal característica ao texto constitucional, e inescapável ao intérprete a função criativa, de modo a atribuir sentido e possibilitar a concretização dos direitos inscritos nas cláusulas abertas da Constituição. A criatividade e a discricionariedade de tal processo o conferem índole indiscutivelmente política.

Aceitar tais perspectivas a respeito do sistema jurídico só pode levar a uma conclusão: a insuficiência da teoria interpretativista. Seja pela dinamicidade da vontade popular no âmbito democrático, seja pelo papel notadamente contramajoritário a ser exercido pela Constituição, seja pela natureza aberta das normas constitucionais que demandam o agir construtivo, o fato é que somente através da interpretação “não interpretativa” será possível ao judiciário, e em especial à Corte Suprema, cumprir o papel que lhe foi designado na Constituição Federal.

Nesse contexto, Ely faz uma observação fundamental quanto à grande dificuldade da corrente não interpretativista:

The tricky task has been and remains that of devising a way or ways of protecting minorities from majority tyranny that is not a flagrant contradiction of the principle of majority rule: in law as in logical theory, anything can be inferred from a contradiction, and it will not do simply to say “the majority rules but the majority does not rule”.¹³²

¹³¹ Ver nota 111, acima.

¹³² ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 138.

Apesar disso Ely acredita piamente que tal esforço deverá ser intentado, ao concluir pela impossibilidade da teoria interpretativista, observando que o próprio texto constitucional contém em suas cláusulas abertas um convite para a construção constitucional, para olhar além do texto, que não pode ser negado¹³³. Os interpretativistas, incapazes de ignorar o desafio de interpretar textualmente as cláusulas abertas, em sua maioria se aliaram à solução originalista: preencher os espaços deixados pela Constituição com o conteúdo substantivo que se entendia adequado à época da promulgação. No entanto, para os que, com Ely, não aceitam tal solução resta apenas o abandono do interpretativismo e a busca do conteúdo das cláusulas abertas em elementos exógenos ao texto constitucional.

Por outro lado, em relação à teoria substantiva dos valores e sua tentativa de encontrar o conteúdo das cláusulas abertas da Constituição, o autor observará que:

The view that the judge, in enforcing the Constitution, should use his or her own values to measure the judgment of the political branches is a methodology that is seldom endorsed in so many words. As we proceed through the various methodologies that are, however, I think we shall sense in many cases that although the judge or commentator in question may be talking in terms of some 'objective', nonpersonal method of identification, what he is really likely to be 'discovering', whether or not he is fully aware of it, are his own values.¹³⁴

Desse modo, para Ely a busca pelos valores essenciais que a teoria substantiva procura defender é um caminho sem fim; as fontes em que se procuram tais valores, que incluem o direito natural, os chamados princípios neutros, a razão, a tradição e o consenso encontram críticas intransponíveis na teoria do autor. De forma categórica, Ely nega a premissa, defendida principalmente por Ronald Dworkin, de que tais elementos convirjam para formar um conjunto válido e aceitável de princípios morais¹³⁵.

O autor formulará, assim, uma nova teoria interpretativa, que a um só tempo não pereça da subjetividade intransponível da proposta não-interpretativista de Dworkin e possa alcançar o

¹³³ O autor observa que, na leitura das cláusulas abertas da Constituição “we somehow sense that a line of growth was intended, that the language here was not intended to be restricted to its 1791 meaning.” (ELY, John Hart. *Constitutional interpretivism: its allure and impossibility*. Indiana Law Journal, Vol. 53, 1978, pp. 414).

¹³⁴ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Harvard University Press: Cambridge, 2002, pp. 44.

¹³⁵ Ely observa nesse sentido que “We have learned once again that we can reason about moral issues, but reasoning about ethical issues is not the same as discovering absolute ethical truth. So we’re where we were: our society does not, rightly does not, accept the notion of a discoverable and objectively valid set of moral principles, at least not a set that could plausibly serve to overturn the decisions of our elected representatives.” (ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 54).

conteúdo das cláusulas abertas da Constituição em sua plenitude, aonde falham as teorias interpretativistas.

A teoria de John Hart Ely, frequentemente considerada uma reformulação da teoria não-interpretativista moderada que pautou o comportamento da Suprema Corte nos anos 1940, e também baseia-se fortemente na nota de rodapé n. 04 do caso *United States vs. Carolene Products Co.*, permeando a ideia de uma Suprema Corte empenhada na defesa dos direitos políticos, da representatividade democrática e das minorias, de modo a garantir que as questões subjetiva relativas aos valores essenciais sejam resolvidas de forma apropriada pelas instâncias adequadas.

Frisando o entendimento de que os temas descritos na nota de rodapé n. 04 de *Carolene* envolvem a representação política, a proposta de Ely caracteriza o papel da Suprema Corte no âmbito do exercício do controle de constitucionalidade como primordial no controle do processo de representação política, possibilitando canais de mudança de cunho político e democrático e facilitando a representação das minorias.

Tal construção levou Ely a justificar, em larga medida, a jurisprudência ativista produzida durante a Era Warren; o esforço pelo fim da segregação racial em *Brown* e casos subsequentes, bem como a reforma do processo penal em favor dos direitos dos acusados em casos como *Miranda vs. Arizona* foram caracterizados como condizente com a proteção das minorias, enquanto a ampliação da liberdade de expressão em casos como *Roth* e *Alberts* contribuiu para a ampliação de canais de comunicação responsáveis pela produção de decisões políticas.

A exceção no âmbito da jurisprudência da Corte Warren foi notadamente *Griswold vs. Connecticut*, no qual a Suprema Corte adentrou na doutrina do devido processo substantivo. A incompatibilidade da teoria de Ely com *Griswold* se estende a boa parte da jurisprudência ativista da Corte Burger, responsável pela expansão de direitos individuais através da aplicação da cláusula do devido processo da décima quarta emenda, cujo principal expoente foi alcançado em *Roe vs. Wade*.

Nesse contexto, Ely justifica sua teoria procedimentalista com base nos preceitos expostos em *Carolene*, arguindo sua compatibilidade com o sistema constitucional vigente e com o próprio texto da Constituição. O autor procura demonstrar que a preocupação primordial do texto constitucional com questões constitutivas como a regulação dos mecanismos de decisão e representação é indicativa da predileção desses temas no sistema democrático.

Argui, ainda, que o controle judicial de constitucionalidade realizado nesses termos está revestido do caráter democrático que falta às teorias substantivas de valores, uma vez que a Corte somente se manifesta de forma ativista para garantir o funcionamento do sistema democrático, controle esse que os juízes estão em melhor posição para realizar do que os próprios representantes eleitos, que devem prestar contas aos seus representados. Nesse sentido, destaca que:

Appointed judges, however, are comparative outsiders in our governmental system, and need worry about continuance in office only very obliquely. This does not give them some special pipeline to the genuine values of the American people: in fact it goes far to ensure that they won't have one. It does, however, put them in a position objectively to assess claims – though no one could suppose the evaluation won't be full of judgment calls – that either by clogging the channels of change or by acting as accessories to majority tyranny, our elected representatives in fact are not representing the interests of those whom the system presupposes they are.¹³⁶

Laurence Tribe, no mesmo ano da publicação da obra de Ely, publicou um artigo¹³⁷ criticando as teorias procedimentalistas como um todo, e em especial a teoria adjetiva dos valores do autor. A crítica de Tribe fundou-se primordialmente na premissa de que mesmo as normas procedimentais presentes na Constituição possuem um fundamento substantivo, de modo que não é possível evitar, conforme os procedimentalistas como Ely esperam, o exame de questões substantivas acerca de direitos e princípios constitucionais por meio da aplicação de sua teoria.

Nesse sentido, primeiramente Tribe observa que a Constituição como um todo possui caráter intrinsecamente substantivo, o que envolve inclusive suas disposições procedimentais. Observa, nesse ponto, que o fato do objeto de tais disposições serem procedimental não significa que seu significado o seja. Ademais, aponta a dificuldade em se definir quais minorias deveriam ser classificadas como “discretas e insulares”, por exemplo, sem que se realize um exame substantivo dos grupos sociais existentes, suas relações e o tipo de discriminação que sofrem de uma maioria mais ou menos definida¹³⁸.

¹³⁶ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, pp. 65.

¹³⁷ TRIBE, Laurence H. *The puzzling persistence of process-based constitutional theories*. Yale Law Journal, vol. 89, 1980, pp. 1063-1080.

¹³⁸ Segundo o autor “The crux of any determination that a law unjustly discriminates against a group – blacks, or women, or even men – is not that the law emerges from a flawed process, or that the burden it imposes affects an independently fundamental right, but that the law is part of a pattern that denies those subject to it a meaningful opportunity to realize their humanity. Necessarily, such an approach must look beyond process to identify and

O autor conclui pela impossibilidade de uma abordagem objetiva como aquela proposta pela teoria procedimentalista, arguindo, de outro modo, que o foco das teorias interpretativas deve ser a busca por formas racionais de lidar com questões substantivas do texto constitucional sem ferir irremediavelmente o equilíbrio democrático do sistema estabelecido pela Constituição, ao invés de uma suposta tentativa de evitar o exame de tais questões.

2.4. Interpretativismo moderado: o originalismo de Jack Balkin

O século XXI trouxe novas perspectivas ao debate acerca da interpretação constitucional. Duas décadas do conservadorismo moderado da Corte Rehnquist conferiram nova popularidade ao originalismo, na medida em que a aplicação da teoria parecia levar os conservadores aonde desejavam ir: à reversão dos precedentes ativistas das Cortes Warren e Burger e à produção de novas decisões auto-restritivas e condizentes com os princípios tradicionais.

No entanto, as imensas dificuldades relacionadas à aplicação do originalismo tradicional, assim como as constantes críticas doutrinárias advindas de toda sorte de correntes teóricas, impediram em larga medida sua consolidação na Suprema Corte. Por outro lado, os preceitos relativos à legitimidade democrática e à segurança jurídica, frequentemente associados ao originalismo, continuavam a ter grande apelo entre doutrinadores.

Assim, em anos recentes, vem ganhando força uma nova leitura do originalismo, que procura a um só tempo esquivar-se dos problemas acarretados pela aplicação do originalismo tradicional, mantendo precedentes já consolidados como legítimos e produzindo jurisprudência condizente com as novas circunstâncias sociais, e manter as características que o tornam uma teoria atrativa, como a segurança jurídica e a limitação do papel dos juízes.

A proposta de Jack Balkin aterrissa, assim, no centro do conflito entre originalistas e defensores da *living constitution*, ao afirmar que as duas teorias são de fato compatíveis e não opostas. A teoria interpretativa que Balkin chama de originalismo *framework* pouco tem em comum com o originalismo de que se falou até aqui. O termo *framework* faz referência à estrutura, no sentido de que a Constituição delineia a base e a armação sob as quais se sustenta

proclaim fundamental substantive rights.” (TRIBE, Laurence H. *The puzzling persistence of process-based constitutional theories*. Yale Law Journal, vol. 89, 1980, pp. 1077).

Estado, como um ponto de partida para as evoluções políticas que serão atingidas por meio da construção constitucional¹³⁹.

Nesse contexto, entre as atividades que Balkin classifica como “interpretação constitucional”, encontram-se a busca pelo significado e a construção constitucional. A interpretação que procura o significado das palavras contidas no texto, seja o semântico, o implícito ou o tão discutido significado *original* é aquela que até aqui chamamos de interpretativista; a construção constitucional abarca, além do que vem sendo discutido aqui como não-interpretativismo, atividades não judiciais realizadas pelos demais ramos Estatais a partir da interpretação da Constituição, para concretizar suas provisões ou desenvolver direitos implicitamente garantidos. De fato, a ideia da interpretação constitucional como uma atividade que vai além das cortes será essencial na doutrina de Balkin, que constantemente reafirmará que:

To understand constitutional interpretation and the process of constitutional change, we must pay as much attention to institutional development and state building as we do to judicial doctrines and decisions. To understand our Constitution, we must consider not only original meaning and judicial precedents, but also a wide variety of other state-building constructions that rely on interpretations of the Constitution and that provoke new interpretations.¹⁴⁰

Por outro lado, o que em sua teoria se pode chamar de originalismo está embutido no método de *text and principle*, o qual requer, no âmbito da interpretação constitucional, fidelidade e deferência não apenas ao texto em si, mas aos princípios que delinearam e serviram de base às disposições positivadas na Constituição. Nesse sentido, Balkin concorda com originalistas tradicionais como Scalia ao afirmar que se deve especial atenção ao tipo de linguagem escolhida pelos constituintes.

Entretanto, é justamente na análise da linguagem utilizada no texto constitucional que a teoria de Balkin atravessa um abismo que a separa terminantemente do originalismo tradicional; enquanto Scalia e outros originalistas propõem que o espaço interpretativo deixado pelas cláusulas abertas da Constituição americana deve ser preenchido pelo sentido original pretendido pelos pais

¹³⁹ BALKIN, Jack M. *Living originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 04 e ss. Sobre o termo *framework*, Balkin esclarece que “The text of our Constitution is a framework. It is a basic plan for politics. The ratification of the Constitution begins a constitutional project that spans many generations. Each generation must do its part to keep the plan going and to ensure that it remains adequate to the needs and the values of the American people.” (BALKIN, Jack M. *Living originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 04).

¹⁴⁰ BALKIN, Jack M. *Living originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 06.

fundadores, ou seja, pelo valor substantivo que determinada provisão recebia no contexto social em que foi ratificada, Balkin propõe que o uso intencional de cláusulas abertas significa que a intenção dos constituintes *era* de que as gerações futuras realizassem o que ele chama de construção constitucional, atribuindo às cláusulas abertas o significado que melhor se aplicasse a elas conforme compreendidas em sua própria época, desde que respeitados os princípios inerentes à sua criação¹⁴¹. A aplicação da teoria de Balkin é sumarizada por Strauss, ao afirmar:

The important thing about the original understandings is not the specific outcomes that the drafters and ratifiers envisioned. What is important is that the Fourteenth Amendment was understood, at the time, to be establishing a principle of racial equality. The fact that the principle was understood to be consistent with segregated schools is neither here nor there. If we determine, today, that segregation is not consistent with racial equality, we can forbid segregation without violating the original understandings – because we are faithfully adhering to the principle of racial equality that the Fourteenth Amendment embodies. We have no obligation to adhere to the specific outcomes that the earlier generations envisioned, so long as we follow their principles.¹⁴²

Balkin classifica sua teoria como “originalismo”, diferenciando-a¹⁴³ da teoria defendida por Scalia, ao afirmar que o que os originalistas tradicionais chamam de significado original na verdade é apenas a aplicação originalmente pretendida de determinada cláusula constitucional. Assim, quando ratificaram as cláusulas abertas da Constituição, os constituintes como quaisquer outros juristas tinham ideias próprias sobre que tipo de conteúdo substantivo deveria ser atribuído a elas; ao mesmo tempo, havia à época uma opinião pública sobre todos os assuntos tratados no texto constitucional, e essa opinião pública indicava o que Sunstein chamou de “significado

¹⁴¹ Sobre as cláusulas abertas da Constituição e seus princípios inerentes, Balkin afirmará que “Standards and principles channel political decisionmaking without foreclosing it. They force people to justify their actions by reference to the standards and principles, but they do not constrain people in the same way that rules do. To coin a phrase, they are a different linguistic technology of regulation and constraint. The choice of rules, standards and principles is a choice in the constitutional plan about what to settle at the time of adoption and what to delegate to future construction. (...) Principles are norms that are normally indeterminate in reach, that do not determine the scope of their own extension, that may apply differently given changing circumstances, and that can be balanced against other competing considerations. Although the persuasive power of principles may originate from how we expect they will apply when we argue for them, their jurisdiction, their scope, their weight, and the kinds of practices they regulate can shift over time.” (BALKIN, Jack M. *Living originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 43-44).

¹⁴² STRAUSS, David. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010, pp. 26.

¹⁴³ O originalismo defendido por Scalia é chamado por Balkin de *Skyscraper Originalism*, em oposição direta ao seu *Framework Originalism*. Segundo o autor: “Skyscraper originalism views the Constitution as more or less a finished product, albeit always subject to later Article V amendment. (...) Framework originalism, by contrast, views the Constitution as an initial framework for governance that sets politics in motion and must be filled over time through constitutional construction.” (BALKIN, Jack M. *Living originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 21).

público”, o único significado que os pais fundadores que escreveram a Constituição americana poderiam esperar que fosse aplicado à suas cláusulas abertas.

Scalia concorda com Balkin que a intenção dos constituintes não pode vincular a interpretação constitucional (mesmo porque tal “intenção” seria na prática indeterminável), mas acredita que o significado público original, ou a aplicação originalmente pretendida, devem ser a única fonte possível para realizar a interpretação constitucional. Por sua vez, a teoria de Balkin se funda na premissa de que os constituintes, embora tivessem suas próprias expectativas acerca de como os espaços criados pelas cláusulas abertas da Constituição seriam preenchidos, *não* acreditavam que suas expectativas deveriam vincular o preenchimento desses espaços, mas de fato pretendiam que as gerações futuras construíssem suas próprias interpretações.

Balkin desenvolve, assim, extensa crítica ao chamado originalismo tradicional. Talvez a principal das inúmeras críticas tecidas em desfavor do originalismo seja de natureza pragmática: a aplicação da teoria originalista produz resultados politicamente inaceitáveis. O originalismo, se aplicado, ocasionaria a reversão de precedentes consolidados e essenciais ao desenvolvimento constitucional norte-americano. Essa impossibilidade prática de aplicação da teoria originalista, que levou Antonin Scalia a se autodenominar um originalista “timido”, capaz de aceitar precedentes anti-originalistas em deferência à estabilidade e segurança jurídica promovidas por eles, possibilitou uma enxurrada de críticas, principalmente por parte da ala liberal, quanto à impossibilidade de aplicação da teoria originalista.

De fato, a impossibilidade que os próprios originalistas encontram em defender a aplicação de sua teoria em algumas situações é a base das críticas proferidas por autores como Balkin, Strauss e Tushnet. Balkin afirma que aceitar a manutenção de precedentes com bases não-originalistas em deferência à tradição e à segurança jurídica não apenas destrói o argumento de que a legitimidade da interpretação constitucional somente pode advir da fidelidade ao significado original, mas subverte o valor substantivo que decisões como as que garantiram a igualdade racial e de gênero e a liberdade de expressão possuem para o povo americano, classificando-as como erros interpretativos que devem ser tolerados em respeito à estabilidade e tradição já firmadas. Segundo o autor:

Our political tradition does not regard decisions that have secured equal rights for women, greater freedom of speech, federal power to protect the environment, and federal power to pass civil rights laws as mistakes that we must unhappily retain; it regards them

as genuine achievements of American constitutionalism and sources of pride. These decisions are part of why we understand ourselves to be a nation that has grown freer and more democratic over time. No interpretative theory that regards equal constitutional rights for women as an unfortunate blunder that we are now simply stuck with because of respect for precedent can be adequate to our history as a people. It confuses achievements with mistakes, and it maintains them out of a grudging acceptance.¹⁴⁴

Nesse sentido, Balkin defende que o originalismo tradicional é verdadeiramente incompatível com a história constitucional americana, na qual movimentos políticos e sociais foram essenciais ao desenvolvimento da interpretação constitucional, que por sua vez, através da construção constitucional, aplicou os princípios implícitos ao “significado original” das cláusulas abertas da maneira que melhor se adequou aos anseios sociais de sua época, criando assim decisões judiciais perfeitamente condizentes com o próprio objetivo da Constituição.

A teoria de Balkin obteve sucesso em vários pontos que condenaram o originalismo tradicional. Ela ofereceu uma solução capaz de legitimar os precedentes estabelecidos pela Suprema Corte, e encontrou uma forma de conciliar a evolução fática e social com o respeito ao texto constitucional, sugerindo que novas interpretações são possíveis, desde que condizentes com os princípios que a Constituição procura defender por meio de determinado dispositivo; e, ainda – e principalmente para alguns – ofereceu uma nova solução em termos de teoria interpretativa para a veiculação de ideais liberais.

É em tom de crítica que David Strauss reconhece a conexão da teoria de Balkin com os ideais liberais:

Balkin wants to reclaim originalism for what would usually be described as liberal or progressive constitutional principles. Today, originalism is associated with “conservative” views about the Constitution: concern about extensive federal power; skepticism about gay rights; hostility to *Roe v. Wade*. Living constitutionalism, rightly or wrongly, tends to be associated with the opposite views, and constitutional principles that many “progressives” would like to see developed and extended, such as forbidding discrimination on the basis of sexual orientation, seem to require a living constitutionalist justification. Balkin’s reclamation project is an effort to show that progressive principles can be justified on originalist grounds.¹⁴⁵

Em termos jurídicos, a principal crítica veiculada por Strauss, estranhamente, é justamente a crítica mais comum à doutrina da *living constitution*: a falta de limites à atuação dos juízes. Isso porque, segundo Strauss, a linguagem geral e abstrata dos princípios permitiria a

¹⁴⁴ BALKIN, Jack M. *Living originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 09-10.

¹⁴⁵ STRAUSS, David. *Can originalism be saved?*. Boston University Law Review, vol. 92, n. 04, 2012, pp. 1.161.

racionalização de praticamente qualquer resultado em termos de construção interpretativa. Desse modo, interpretações claramente não condizentes com o objetivo original dos constituintes poderia ser chamada de originalismo, sob o argumento de que se encontram de acordo com os “princípios inerentes” ao dispositivo constitucional em análise.

3. A valorização das relações políticas no controle judicial de constitucionalidade

As teorias interpretativas aqui apresentadas, longe de abarcar todo o debate doutrinário hoje em andamento no contexto norte-americano, mais servem ao propósito de exemplificar pontualmente alguns de seus principais expoentes. Tal análise do contexto teórico, aliada à análise, feita no capítulo anterior, do contexto histórico, político e social em que se desenvolveu o debate acerca do controle judicial de constitucionalidade, permite vislumbrar alguns aspectos da relação entre eles.

Se até meados do século XX os planos teórico e político da interpretação constitucional não restavam bem delineados no âmbito doutrinário, a partir da década de 1970 o debate hermenêutico se intensificou, impulsionado em grande parte pela necessidade de se racionalizar as diferentes posturas políticas assumidas pela Suprema Corte no período. Essa organização do debate doutrinário, além de evidenciar os pontos mais sensíveis das diversas teorias interpretativas, esclareceu alguns pontos fundamentais em relação à divisão entre correntes políticas e doutrinárias.

A análise do debate acerca da interpretação constitucional nos Estados Unidos demonstra que, dentre os dois planos de análise da interpretação, o político claramente ocupa posição de destaque. Foi a necessidade de racionalizar as escolhas no plano político o impulso para o desenvolvimento do plano teórico, e essa lógica se mantém evidente no desenvolvimento das teorias interpretativas.

Observou-se, nesse sentido, principalmente a partir da década de 1980, que a verdadeira separação doutrinária não existe entre interpretativistas e não-interpretativistas, nem mesmo entre ativistas e adeptos da auto-restrição, mas entre conservadores e liberais. As duas grandes vertentes da política polarizam as teorias interpretativas não de acordo com seu conteúdo teórico, ou com sua predisposição ao ativismo ou à auto-restrição, mas com sua capacidade de atender

aos interesses políticos de determinado grupo social, orientando o comportamento da Suprema Corte.

Nesse contexto, é notável o fenômeno da chamada unificação conservadora. Muito embora teorias interpretativas com o objetivo de justificar práticas liberais existam em número consideravelmente maior do que teorias defensoras do conservadorismo, as últimas tem encontrado sucesso na prática constitucional, enquanto os liberais tem enfrentado dificuldade para defender os avanços constitucionais conquistados nas décadas de 1960 e 1970.

Robert Post e Reva Siegel¹⁴⁶ atribuem o sucesso dos conservadores à sua capacidade de se unir sob uma única bandeira na defesa de seus ideais – o originalismo tradicional – e manter assim, inclusive, a consistência de suas críticas às teorias liberais; por outro lado, são tantas as teorias interpretativas destinadas à racionalização do liberalismo no direito constitucional que seus defensores passam quase tanto tempo criticando uns aos outros quanto criticando o originalismo, e mesmo quando o fazem, não há consenso da natureza de suas objeções.

A partir de tal observação, os autores introduzem sua teoria constitucional, o *constitucionalismo democrático*, como a tese de que a Constituição evolui em resposta a posições políticas do povo, traduzidas em uma visão constitucional específica, e dessa forma se mantém legitimada. O originalismo seria efetivo, assim, porque expressaria uma visão constitucional legítima, a qual representaria um requisito essencial no processo de mudança constitucional. Aos liberais, por outro lado, faltaria justamente a união mobilizadora necessária para construir essa visão constitucional legítima.

A teoria de Post e Siegel funda-se na premissa de que as pessoas se mantêm fieis à Constituição, mesmo quando suas visões constitucionais pessoais não prevalecem, porque acreditam na capacidade de persuadir umas às outras. Essa confiança é o motivo pelo qual a sensibilidade da Constituição, sua capacidade de reagir aos anseios sociais, é fundamental para a manutenção de sua legitimidade.

O mecanismo tradicional de tradução de valores políticos em normas constitucionais é o processo formal de emenda à Constituição. No entanto, as emendas constitucionais no contexto americano são extremamente raras e difíceis, e não fornecessem assim um canal efetivo entre o texto constitucional e os anseios populares, tornando necessários outros mecanismos.

¹⁴⁶ POST, Robert C., SIEGEL, Reva B. *Democratic Constitutionalism*. In: BALKIN, Jack M., SIEGEL, Reva B. (Org.). *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009.

Por esse motivo, seria *necessário*, e não reprovável ou indesejável, que as decisões proferidas pelas cortes no âmbito do controle de constitucionalidade se mostrassem politicamente afinadas com a população. Ao longo na história constitucional norte-americana, os momentos em que não houve correspondência entre a ação da Corte e a vontade política do povo foram os de maior crise institucional, a exemplo do episódio do *Court Packing Plan* após a Era Lochner.

Esse contrassenso doutrinário parece superar em relevância todas as demais conclusões que se poderia atingir a partir da análise do debate acerca do controle de constitucionalidade aqui apresentado. Se as teorias interpretativas adeptas da auto-restrição serviram ao propósito de demonstrar os perigos do ativismo judicial, e a prática auto-restritiva da Suprema Corte norte-americana ao longo do século XX evidenciou a insuficiência de um judiciário voltado à deferência na concretização dos preceitos constitucionais, é a percepção de que não se pode escapar da política no âmbito da aplicação constitucional que mais contribui para o seu desenvolvimento.

A conexão existente entre a mutação constitucional e o ativismo judicial não é auto-evidente, mas parece inevitável tanto no plano doutrinário quanto na esfera prática. A construção constitucional por si só é indissociável do elemento político, porque trata de escolhas constitucionais subjetivas. Por outro lado, trata-se de processo essencial à manutenção do caráter democrático do sistema constitucional, traduzindo a vontade popular em norma¹⁴⁷.

A aceitação de que a interferência política não se limita ao ativismo judicial, mas está presente também no comportamento auto-restritivo – o que já seria indiscutível mediante a percepção de que, quando a Suprema Corte adotou uma postura auto-restritiva, o fez em reação ao ativismo judicial que veiculava ideais políticos em um momento anterior – poderá enfim retirar a carga negativa que acompanha qualquer ímpeto progressista ou construtivo no âmbito do direito constitucional, e levar a uma análise das teorias interpretativas por seus próprios méritos, possibilitando, inclusive, a justificação do processo de mudança informal da Constituição.

¹⁴⁷ No mesmo sentido que Post e Siegel, Luís Roberto Barroso pondera, acerca da mutação constitucional, que “Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, na soberania popular.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 127).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de mutação constitucional, inicialmente associado às mudanças informais da Constituição em consequência de alterações puramente fáticas, vem sendo desconstruído pela doutrina para relevar a natureza essencialmente política do processo. Essa desconstrução, essencial ao pleno desenvolvimento e aplicação do instituto, encontra-se em estágio avançado no contexto norte-americano.

Em grande parte, é o resultado da desvinculação da mutação constitucional à noção de um processo politicamente neutro, que meramente concretizaria uma redefinição do significado constitucional ocasionado por novas circunstâncias na esfera real, e que o judiciário se limitaria a atestar. A partir da redefinição do processo de mudança informal da Constituição como uma eleição interpretativa por parte do julgador, o elemento político se torna evidente.

Nos Estados Unidos, as circunstâncias especiais que levaram a uma petrificação do texto constitucional formal resultaram em uma intensificação dos mecanismos de alteração informal da Constituição. Nesse contexto, é notável como ao longo do século XX aproximadamente a cada duas décadas uma mudança paradigmática se realizava em termos de percepção ou leitura constitucional, sempre como forma de reação política a uma leitura anterior.

No contexto brasileiro, as mudanças informais da Constituição se intensificaram marcadamente na última década, em grande parte devido ao protagonismo que passa a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal e, nesse contexto, a interpretação constitucional se mostra cada vez mais central ao debate jurídico-constitucional. A tentativa de identificar a compatibilidade entre as diferentes formas de interpretação constitucional e os princípios inerentes à democracia é também a busca por limites que possam pautar a atuação do judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade.

Tal tentativa inclui a assimilação de questões fundamentais quanto à legitimidade democrática e ao próprio conceito de interpretação jurídica; e nesse contexto, talvez a principal noção a ser absolvida seja a impossibilidade de dissociação entre o constitucionalismo e a política. Nessa diapasão, Mark Tushnet afirmará que a política está entremeadada na vida constitucional de um país, desde a formação da Suprema Corte, até a influência que exerce na tomada de decisões constitucionais e, de forma recíproca, como se utiliza das normas constitucionais, e especialmente das decisões da Corte, para resolver problemas próprios da

política¹⁴⁸. E isso não é prejudicial à democracia, mas contrariamente permite que o judiciário exerça papel ativo e extremamente relevante na defesa dos ideais democráticos.

O estudo da interpretação constitucional nos leva a concordar com Tushnet, sendo inevitável a presença da política nas decisões constitucionais. Tal presença não significa, no entanto, uma consequência da apoderação do sistema político pelo jurídico, argumento frequentemente levantado no contexto do ativismo judicial; a política é intrínseca ao constitucionalismo, na medida em que nela encontra-se a subjetividade necessária para se reinterpretar a Constituição, bem como a legitimidade enquanto representarem uma visão constitucional legítima.

A tentativa de associar escolhas interpretativas de cunho ativista ao conceito de mutação constitucional, assim, parece indicar uma tentativa de neutralização da natureza dessas decisões, visto que ainda é grande a resistência à influência política na esfera jurídica, principalmente em decorrência da questão da legitimidade democrática.

No entanto, tal resistência parece estar sendo gradualmente superada. A aceitação da política como um elemento do sistema constitucional, longe de ser uma legitimação do ativismo judicial, representa de fato a confirmação de que as mudanças constitucionais, formais e informais, são essencialmente políticas. Se as mutações interpretativas puderem ser percebidas, em sua aplicação no sistema constitucional brasileiro, sob tal perspectiva, a discussão acerca de sua legitimidade poderá superar os questionamentos formais e tomar o rumo da análise subjetiva das visões constitucionais que verdadeiramente está inserida na democracia.

¹⁴⁸ Tushnet concluirá, quanto ao papel da Constituição no sistema político, que “The Constitution matters, you’re likely to think, because it protects our fundamental rights. The answer I provide here is different: The Constitution matters because it provides a structure for our politics. It’s politics, not “The Constitution,” that is the ultimate – and sometimes the proximate – source for whatever protection we have for our fundamental rights.” (TUSHNET, Mark. *Why the Constitution matters*. New Haven: Yale University Press, 2010, pp. 01).

BIBLIOGRAFIA

Obras:

ACKERMAN, Bruce. *We the People: foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

ACKERMAN, Bruce. *The living Constitution*. Harvard Law Review, vol. 120, 2007.

BALKIN, Jack M. *Living originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

BALKIN, Jack M. *The roots of the living constitutionalism*. Boston University Law Review, vol. 92, n. 04, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011

BERGER, Raoul. *Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press, 1986.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England: A Facsimile of the First Edition of 1765--1769*. Chicago: University of Chicago Press, 1979. Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch10s6.html>.

CAPELLETTI, Mauro. *¿Renegar a Montesquieu? La expansión y legitimidade de la “justicia constitucional”*. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 17, 1986, pp. 14-15. Disponível em <http://blog.pucp.edu.pe>.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ELY, John Hart. *Constitutional interpretivism: its allure and impossibility*. Indiana Law Journal, Vol. 53, 1978.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

HAMILTON, Alexander, The Federalist Papers n. 78. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *The Federalist Papers*. Nova York: Signet Classic, 1999.

HOBBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JACOBSON, Arthur J., SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley/London: University of California, 2002.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Tradução de Cristian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LAMB, Charles M. e LALPERN, Stephen C. *The Burger Court: political and judicial profiles*. Chicago: University of Illinois Press, 1991.

LUHMANN, Niklas. *O direito como sistema social*. Tradução de Paulo Sávio Peixoto Maia. 1994

MADISON, James. The Federalist Papers, n. 49. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *The Federalist Papers*. Nova York: Signet Classic, 1999.

MCGOLDRICK, James M.. *Limits on states: a reference guide to the United States Constitution*. Praeger Publishers, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional* [Estudos em homenagem a Anna Maria Villela], Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 162, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

PORRAS, Javier Dorado. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*. Cuadernos Bartolome de las Casas, Universidade Carlos III de Madrid, 1997.

POST, Robert C., SIEGEL, Reva B. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack M., SIEGEL, Reva B. (Org.). *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009.

SCALIA, Antonin. *Originalism: the lesser evil*. Cincinnati Law Review, vol. 57, 1989, pp. 849-865.

STRAUSS, David. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.

STRAUSS, David. *Can originalism be saved?*. Boston University Law Review, vol. 92, n. 04, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds*, Princeton: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

THAYER, James Bradley. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. Harvard Law Review, vol. 7, 1893-1894.

TRIBE, Laurence H. *The puzzling persistence of process-based constitutional theories*. Yale Law Journal, vol. 89, 1980.

TUSHNET, Mark. *Why the Constitution matters*. New Haven: Yale University Press, 2010.

TUSHNET, Mark. *I Dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008.

TUSHNET, Mark. *A court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law*. Nova York: W. W. Norton, 2006.

TUSHNET, Mark. *The United States Constitution and the intent of the framers*. Buffalo Law Review, vol. 96, 1983.

URRUTIA, Ana Victoria Sanchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 20, n. 58, janeiro/abril de 2000, pp. 106. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/>.

WALDRON, Jeremy. *The Core of The Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal. vol. 115, 2006.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford Uk Print, 1999.

Sítios eletrônicos:

<http://www.stf.jus.br>.

<http://www.house.gov>.

<http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/CivilWarAmendments.htm>.

<http://www.supremecourt.gov/about/members.aspx>.

http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0304_0144_ZO.html.